

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق

جامعة الاسكندرية



المعدد الأول والثاني ١٩٩٣

مَجَلَّةُ الْحَقُوقِ لِلْبَحْثِ الْقَانُونِيِّ وَالْاِقْصَادِيَّةِ

مَجَلَّةُ مُحْكَمَةٍ تُصَدِّرُهَا كَلِيَّةُ الْحَقُوقِ
جَامِعَةُ الْإِسْكَنْدَرِيَّةِ

رَئِيسُ التَّحْرِيرِ
الْأَسَاتِذَةُ الدُّكْتُورُ
مُحَمَّدُ السَّعِيدُ الدَّقَاقُ
عَمِيدُ الْكَلِيَّةِ

مَكْرُورُ التَّحْرِيرِ
الْأَسَاتِذَةُ الدُّكْتُورُ
مُحَمَّدُ رَفْعَتُ عَبْدِ الْوَهَّابِ
وَكِيلُ الْكَلِيَّةِ لِلدِّرَاسَاتِ الْعَلِيَا

رؤساء التحرير السابقون

أ.د. زكى عبد المتعال مؤسس المجلة	١٩٤٢ - ١٩٤٥
أ.د. عبد المعطى الخيال	١٩٤٥ - ١٩٤٦
أ.د. السعيد مصطفى السعيد	١٩٤٦ - ١٩٤٩
أ.د. حسن أحمد بغدادى	١٩٤٩ - ١٩٥٢
أ.د. حسين فهمى	١٩٥٢ - ١٩٥٩
أ.د. أنور سلطان	١٩٥٩ - ١٩٦٤
أ.د. على صادق أبو ميف	١٩٦٤ - ١٩٦٦
أ.د. أحمد شمس الوكيل	١٩٦٦ - ١٩٦٨
أ.د. حسن حسن كيره	١٩٦٨ - ١٩٧١
أ.د. مصطفى كمال طه	١٩٧١ - ١٩٧٤
أ.د. على محمد اليارودى	١٩٧٤ - ١٩٧٧
أ.د. محسن خليل	١٩٧٧ - ١٩٧٩
أ.د. توفيق فرج	١٩٧٩ - ١٩٨٢
أ.د. جلال ثروت محمد	١٩٨٢ - ١٩٨٥
أ.د. جلال على العدوى	١٩٨٥ - ١٩٨٨
أ.د. مصطفى الجمال	١٩٨٨ - ١٩٩١
أ.د. محمد زكى أبو عامر	١٩٩٢ - ١٩٩٣

محتويات العدد

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
* مشروع قانون بتفويض الحكومة الإيطالية في اصدا قانون عقوبات ايطالى جديد أ.د. رمسيس بهنام	١ - ١٢
* مدى فعالية قواعد مسئولية الناقل البحري لل بضائع فى القانون البحرى الجديد فى حماية الشاحن المصرى د. جلال وفائى محمددين	١٣ - ١٢٨
* ضغط العمل فى الوظيفة العامة (دراسة تحليلية وعلاجية) د. بشار عبد الهادى	١٢٩ - ١٦٦
* انتهاء عقد فتح الاعتماد البسيط د. حسين يوسف غنايم	١٦٧ - ٢٣٠
* نظام جرائم المخدرات فى المملكة العربية السعودية أ.د. خلود سامى عزارة آل معجون	٢٣١ - ٣٢٠
* اتفاقات العمل الجماعية وتنازع القوانين مستشار دكتور/ منير عبد المجيد	٣٢١ - ٣٦٠

مشروع قانون بتفويض الحكومة الإيطالية
في إصدار قانون عقوبات إيطالي جديد

دكتور

رمسيس بهنام

استاذ القانون الجنائي المتفرغ

في كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

الاستاذ الفخرى للقانون الجنائي

جامعة روما

مشروع قانون مكتوبى الحكومة الايطالى
فى إصدار قانون عقوبات ايطالى
جديد

بعد ستين عاما من التطبيق القضائى والتفسير الفقهى لقانون العقوبات الايطالى الصادر سنة ١٩٢٠ ، وبالنظر الى الاحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا بعدم دسوريه على حوصه ، آن اوان النظر فى تعديل هذا القانون .

ولذلك شكل وزير العدل الايطالى Vassalli سنة ١٩٨٨ لجنة من اساتذة القانون الجنائى لاراء المبادئ الارشادية التى يصدر بها قانون بغوى الحكومة فى وضع قانون جنائى ملتزم لحدودها ، وقررت هذه اللجنة من تحديد تلك المبادئ فى تقرير اوضحها سوا فى مجال القسم العام من القانون المرتقب ام فى مجال القسم الخاص .

وأشار وزير العدل Martelli بطبع هذا التقرير فى مجموع وثائق وزارة العدل لينشر بين المختصين من ذوى الرأى حتى تتلوه وجهات النظر بشأنه . ولم يصدر بعد قانون التكوين وتنساول فيما يلى بسط المبادئ الارشادية التى صاغها التقرير سوا فى مجال القسم العام ام فى مجال القسم الخاص لقانون العقوبات المقترح .

أولا : فى مجال القسم العام

أوصى التقرير بالتزام المبادئ الآتية .-

- ١- ضرورة التزام القانون المقترح برعاية احكام الدستور والقانون الدولى العام .
- ٢- اباح القيمة القانونية التى تتوخى عقوبة كل جريمة من الجرائم مبانها وتحدد وظائف الجزاء الجنائى محدود ليست قانونية فحسب وانما خلقية كذلك .
- ٣- جعل مدونة قانون العقوبات محورا للنظام الجنائى كله وبالتالي تخفى دعم القوانين الخاصة بادراج احكامها فى تلك المدونة لا سيما وقد تعددت وتشعبت تلك القوانين المقرره لعقوبة على مخالفة نصوصها .
- ٤- ضمان تفسير يقينى موحد لنصوص القانون الجنائى بالاكتار من التفسير الرسمى أى النصوص التفسيرية والحد من الاحالة الى قوانين أخرى .

كما أوصى التقرير بتوزيع نصوص القسم العام على أربعة كتب . الكتاب الاول فى القانون الجنائى والكتاب الثانى فى الجريمة والكتاب الثالث فى المحرم والكتاب الرابع فى عوالم الجريمة . وقد أقر التقرير الاسى التى يقوم عليها التشريع الجنائى الحالى فى حملها ، وان اقترح اخسائل بعدلات خاصة عليها فى تفصيلاتها .

من قبيل هدد التعديلات أنه فى مجال القانون الجنائى الإصلاح لنمهم فى مورد تخفيف العقوبة دون العا لها ، ورغم أن الاصل هو أن هذا القانون يسرى على الماضى دون مساى بالحكم البسماات السابق على صدوره ، اقترح التقرير افعال ذلك القانون لإصلاح حتى مع سق صدور حكم بات طبقا للقانون

السابق ، وذلك حين بنى القانون الجديد على عقوبة الخرامة بينما كان القانون السابق يقرر عقوبة الحبس،
أو حين ينقضى القانون الجديد الحد الأقصى لعقوبة الحبس بحيث تصبح العقوبة الصادر بها الحكم البات
طبقاً للقانون السابق متجاوزة لهذا الحد .

واقترح التقرير كذلك عند صدور حكم بعدم دستورية قانون عدم المساس بالأحكام الجنائية الباتة
الصادرة بشأن وقائع ماضية سابقة على صدور هذا الحكم .

وفىما يتعلق بالقانون الاسوأ الصادر بشأن جريمة سلوك متد أو جريمة حدث متعمد (أى
جريمة عادة) يقترح التقرير رغم أن هذا القانون الاصل فيه أن يسرى على السلوك الممتد بعد نفاذه
الواقع أو الحدث/ بعد العمل به ، عدم العمل بأحكامه الا بعد مضي خمسة عشر يوماً على نفاذه .
هذا عن سريان القانون الجنائي الإيطالى من حيث الزمان .

أما عن سريان القانون الجنائي الإيطالى من حيث المكان ، فيقترح التقرير استثناءات من مبدأ
اللائحية^١ هي سريان القانون الجنائي الإيطالى على جرائم مرتكبة خارج إيطاليا بصرف النظر عن أحكام قانون
محل وقوعها ، وذلك فى الحالات الآتية :-

١- أن تكون الجريمة المرتكبة من جرائم العدوان على قانون الشعوب الوارد بيانها على سبيل العر
٢- أن تكون الجريمة من جرائم العدوان على مصالح الدولة الإيطالية أو دولة من دول المجموعة الأور
الوارد على سبيل العر^٢ .

٣- أن تكون جريمة من جرائم العدوان على مصالح أولية لشخص الإنسان مثل الحق في الحياة ،
السلامة البدنية أو الحرية الشخصية ، وقعت اضراً بمواطن إيطالى .

٤- أن تكون الجريمة الواقعة فى الخارج مرتكبة من مواطن إيطالى حضر الى إيطاليا عقب ارتكابه^٣ ،
أو يكون مرتكبها احنيا حضر بعد ارتكابه الى إيطاليا بعد أن اصاب بها مواطن إيطاليا فى الخارج ونشأ
ينص على عقابها قانون محل ارتكابه وكانت جريمة حسيمة مخرطة بمصالح غير المنصوص عليها فى المادة
واقترح التقرير فى حالة سريان القانون الجنائي الإيطالى على جريمة ارتكبت فى الخارج جعل
الدعوى الجنائية معها منوطاً على طلب من وزير العدل وفى حال وقوعها اضراً بإيطالى أو يتضام^٤ مع
الاخير بشكوى اذا كان القانون الإيطالى يتطلب فى مثلها أن يتقدم المجنى عليه بشكوى .

كما اقترح التقرير تقييد دفع الدعوى الجنائية عن جريمة ارتكبت فى الخارج بقيود مردها أحداث أن
يكون قد صدر من القاضي الاجنبى حكم بحد هذه الجريمة . واقترح الاعتراف بحجة الأحكام الباتة
الاجنبية على الاخص فى مجال المجموعة الأوروبية وسواء نيا يتعلق بتعذيب العقوبات المحكوم بها أم لا .
يتعلق بتسليم المحكوم عليهم . وفى مجال التسليم اقترح التقرير الاخذ بأحكام الاتفاقية الأوروبية^٥ .

بتاريخ ١٢ ديسمبر ١٩٥٧ .

العام

مانقدم بدخل فى مضمون الكتاب الاول من القسم الخامس القانون الجنائي .

أما عن الكتاب الثاني الخاص بالجريمة فقد أقر التقرير التفرقة بين الجنب والمخالفات بحسب العقوبة المقررة للجريمة أي اعتمد التقسيم الثنائي للجريمة إلى جنحة ومخالفة . وتطلب التقرير في صدد الجريمة السلبية وجود التزام قانوني بالضمان على عاتق مرتكب الجريمة أي التزام بضمان عدم وقوع الحدث حتى يعتبر الاحجام عن تغايبه قائما مقام تسببه .

واستبعد التقرير فيما يتعلق بالركن المعنوي للجريمة ما يسمي بالمسؤولية الجنائية الشيئية واستلزم اما العمد واما الإهمال وتطلب للمعاقب على الجريمة أن تكون عمدية ما لم ينص القانون صراحة على عقاب الإهمال . أما عن المخالفات فقد استوى لدى التقرير في سبيل المعاقب عليها أن تكون المخالفة مرتكبة عن عمد أو عن إهمال ، ما لم ينص القانون صراحة على عقوبة مخففة للمخالفة في حالة وقوعها بإهمال .

واقترح التقرير قبول الاعتذار بجهل القاعدة الجنائية حين يكون هذا الجهل غير قابل لتفاديه . وأضاف التقرير شروطا جديدا من شروط مشروعية الدفاع الشرعي هو ألا يكون لإرادة المهدد بالخطر دخل في إجهاد هذا الخطر .

وفما يتعلق بحالة الضرورة أخذ التقرير ضمن شروط امتناع العقاب على جريمة الضرورة باعتقاد مرتكبيها بناء على أسباب معقولة أن المجنى عليه فيها رائي بها لو سئل عنها . وتطلب التقرير أن تكون ظروف الجريمة شديدة كانت أم مخففة منصوصا عليها صراحة. وإذا انفصل القانون النص على مدى تخفيف العقوبة وتشديدها لظرف ما من الظروف ، يتقيد التشديد أو التخفيف بقدر الثلث . وفي حالة النص على الأشغال الشاقة كمعقوبة تخفف عند توافر ظروف مخففة إلى الحبس من عشرين إلى أربع وعشرين سنة . وعند توافر ظروف شديدة لا يجوز أن يتجاوز التشديد ثلاثين سنة . واقترح التقرير كذلك عدم مسالة الفاعل على مقتضى الظرف المشدد إذا لم يكن قد تمثل وجوبه وكان هذا غير راجع إلى تقصير منه .

وأخذ التقرير بإمكانية المساهمة الجنائية في الجريمة غير الممدية وإمكانية الاسهام بإهمال في الجريمة الممدية .

وعند وقوع جريمة غير تلك التي انصرفت إليها إرادة الماسم ، يسأل هذا الأخير عنها إذا ثبت أن وقوعها يرجع إلى إهمال منه ، وفي هذه الحالة توقع عليه عقوبة هذه الجريمة منقومة بقدر الثلث . وفي حالة تعدد الجرائم المعاقب عليها بعقوبة من ذات النوع ، توقع العقوبة الأشد شدة إلى أربعة أضعافها على ألا تتجاوز مجموع عقوبات تلك الجرائم .

وفي حالة تعدد الجرائم المعاقب عليها بعقوبات مختلفة النوع ، توقع العقوبة الأشد مضاعفة مقدار الثلث سوا، لكان التعدد معنويا أم صوريا .

وفي جميع تلك الحالات تطبق العقوبة الأشد مشددة . حين تكون الجرائم المتعددة واقعة كلها

قبل أن يسلم فاعلها الإحتطار بوجود جريبات معه شأن أحداها .

والكتاب الثالث المحمي للمحرم أحد فيه التقرير بالخطورة الإحرامه ولكنه حظر انفراد وجودها

واستند التقرير بنصر الإسناد اذا كان مرتكب الحرية أقل من أربع عشرة سنة أو كان حره يريد على ذلك ويقل من ثمانى عشرة سنة متى كان فاقدا ملكة الإدراك أو الإختيار . وكذلك اذا كان مضافا لمجاهد في عقله أو بنسب مرمى ماشى من الكحول أو مواد محدده وكانت فاقده لديه ملكة الإدراك أو الإختيار أو كان فاقدا هذه الملكة بسبب سكر أو تدمير راجع الى حادث فحائى أو قوة قاهرة أو بأى سبب آخر . فاذا كانت ملكة الإدراك أو الإختيار عنده مصابة بنسب حسيم وغير معدومه استحق عن حرمة عقوبه مقبوضه .

وفي حالة السكر أو التدمير دون فقدان ملكة الإدراك أو الإختيار ، يسأل الفاعل عن حرمة المرتكبة في هذه الحالة باعتبارها جريبت عمده اذا كان حين أوحد نفسه في الحالة المذكوره قد انصرف الى هذه الجريمة على الأقل قصد غير المباشر . وعن حرمة غير عمديه اذا كانت قابله للموقع : بد الدخول في حاله دانها . وفي العمري الأخير اذا كان القابض لا ينسب على الصورة غير العمديه للجريمة سأل عن الصورة العمديه لها مع انقاص عقوبتها من الثلث الى المصف .

والكتاب الرابع المحمي لمواقب الحرية ذكر التقرير فيه عقوبة الجحده بأن تكون الاشغال الشاقة أو الحبس

من ستة شهور الى أربع وعشرين سنة أو العزلة من حماسة الف ليلة الى حبس طويلا . وأن تكون عقوبة المخالفة شبه الحبس من شهر الى ثلاث سنوات أو العزلة من حماسة الف ليلة الى عشرين طويلا . كما ذكر التقرير أن المراد بالعقوبة المقيدة للحرية حبس يجرى بها تعبير القابض الحبس أو شبه الحبس . واستند التقرير بصفة مطلقة حوار الجمع في الحرية الواحد بين العقوبة المقيدة للحرية والعقوبة المألقة . وترك للقانون أن يحدد القدر الذي يفسر من العزلة في كل يوم من أيام تحولها الى حبس .

وبعد أن استعرض التقرير العقوبات السعيد التي يحدد القابض حالات النطق بها بالاصاف الى العقوبة الاصليه ، اقترح أن تكون مدة العقوبة السعيد مساوية لمدة العقوبة الاصليه . كما اقترح حوار استبعاد العقوبة التنسية اذا كان الجمع بينها وبين العقوبة الاصليه غير متناصب مع حسنة الحرية واعتبر بردا لا لزوم له في سبيل الوقى من جرائم جديدة . وكذلك حوار استبعاد العقوبة الاصليه اذا كانت العقوبة السعيد تناسب معفوها مع حسنة الحرية وكافد لمع ارتكاب جرائم جديدة .

واقترح التقرير سأل العقوبات المقيدة للحرية التي تقل مدتها عن ستة شهور . وصف سعيها أو احلال ندرس آخر محلها مثل الحبس المكطع أو الاعتقال في المنزل أو الحرية بحد الاشراف أو العمل دي الصنعة الإجماعه

واستند التقرير بنصر عقوبه ماله لحرمان العدوان على الحياة أو على السلامه المدينه أو على

الصدقة أو على السلامة العامة .

كما اقترح التقرير الترخيى للقاضي الجنائي فى حالة الحكم بالادانة ، أن يحكم بالرد أو التحويل للمحنى عليه الضرر دون حاجة الى الادعاء المدنى من جانب هذا الأخير . واقترح انشاء صندوق التضامن مع المجنى عليهم وأن يستمد هذا الصندوق موارده من الغرامات المحكوم بها ومن المبالغ السنوية يدفعها المسؤول المدنى عن غرامة الجنبه وغرامة المخالفة ، وأن يصرف الصندوق تعويضاً للمجنى عليهم المعمرين سواءً فى حالة عدم التوصل الى الجنبه أو عدم قدرة الجاني على الوفاء بمبلغ التعويض .

ثانياً : عن القسم الخامس

طالب التقرير بعدم تقرير العقاب على المالك الشرية الا فى الحدود التى يكون العقاب فيها لازماً ورأى الاشارة على القوانين الجنائية الخاصة فى صدد الامور التى تطرأ فيها أسلوب مكافحة الجريمة مع التقدم فى الزمان كما فى صدد المخدرات اذ رؤى عدم ادراج النصوص الخاصة بمكافحتها فى مدونة قانون العقوبات .

وقسم القسم الخامس الى كتاب اول فى الجرائم المرتكبة ضد الشخص وكتاب ثان فى الجرائم المرتكبة ضد العلاقات المدنية والاجتماعية والاقتصادية ، وكتاب ثالث فى الجرائم الواقعة على الجماعة وكتاب رابع فى الجرائم المرتكبة ضد الحرية .

فالكتاب الاول بمعالج الجرائم الواقعة على الحياة والسلامة الفردية والجرائم الواقعة على السلامة النفسية والجرائم الواقعة ضد الحمل والجرائم الواقعة ضد كرامة الشخص الانسانى ، وجرائم الاستعباد وجرائم الدعارة وجرائم العدوان على الذاتية الميلادية وراثم العدوان على كرامة الامومة وجرائم الاتجار فى اجزاء من الجسم البشرى الحى وجرائم العدوان على كرامة الشخص المتوفى وجرائم العدوان على الحرية الشخصية وجرائم العدوان على الحرية المعنوية وجرائم العدوان على الحرية الجنسية وجرائم العدوان على شعور الخير بالتستر الحسى وجرائم العدوان على حرمة الحياة الخاصة وجرائم العدوان على سرية وسائل الاتصال وجرائم العدوان على حرمة الاسرار وجرائم العدوان على ملكية العمل الفكرى وجرائم العدوان على الشرف وجرائم العدوان على المصفا للشخص وعلى شعور الخير بالادب وجرائم العدوان على الذمة المالية والجرائم الواقعة باسهم من المحنى عليه وجرائم اخفاء الاشياء المتحصلة من جريمة .

والكتاب الثانى بمعالج جرائم العدوان على العلاقات العينية والاجتماعية والاقتصادية وهى الجرائم الواقعة على علاقة العمل والجرائم الواقعة ضد الحرية الدينية والجرائم الواقعة ضد الزواج والجرائم

الواقعة ضد التضامن الاسرى والجرائم الواقعة ضد علاقة البنية والجرائم الواقعة ضد صلاحية المستندات للاثبات وجرائم الزيف الشخصى والجرائم المرتكبة ضد اعتقاد الخير (كما فى تزييف الاعمال الفنية) .
والكتاب الثالث يتناول الجرائم المرتكبة ضد الشعوب وجرائم العدوان على الامن الجماعى وجرائم العدوان على السلامة والصحة العامة وجرائم العدوان على البيئة وجرائم العدوان على التراث الثقافى وعلى جرائم العدوان على المنظر العام/ النباتات وجرائم العدوان على الاقتصاد أى ضد الموارد الاقتصادية والبيئة والانتاج والسوق وجرائم العدوان على مالية الدولة وجرائم العدوان على تداول النقد وجرائم العدوان على اقتصاديات المشروع والجرائم المرتبطة بانشاء وتنظيم المشروع وجرائم العدوان على الشفافية الاقتصادية للمشروع وجرائم التفاضل (ويقترح أن يكون التفاضل بالتقصير مخالفة لا جنحة) وجرائم العدوان على الحيوانات وعلى الثروة الحيوانية .

والكتاب الرابع يتناول جرائم العدوان على الجمهورية وهى الجرائم المرتكبة ضد النظام الدستورى أى ضد التنظيم الديمقراطى للجمهورية ضد التشكيلات الدستورية ضد أمن الجمهورية والملاقات الدولية وجرائم التكلل غير المشروع وجرائم العدوان على القضاء أى ضد التحريات المدنية ضد استقامة وصداقية وسائل الاثبات ضد ممارسة الوظائف القضائية ضد مدافعة الخصوم ضد الاحكام القضائية ضد السلطة العامة أى جرائم ذوى الصفة العامة وجرائم الافراد منهم .

وجاء فى احكام التطبيق والتنسيق والاحكام الانتقالية أن على القاضى الجنائى أن يسبب حكمه كلما طبق عقوبة قريبة من حدها الاقصى أو من حدها الأدنى كما هو محدد فى القانون .

ولم ير النور بعد قانون تفويض الحكومة فى اصدار قانون عقوبات جديد يلتزم بالمبادئ الواردة

فى التقرير .

رئيس بهنام
استاذ القانون الجنائى
المستقر فى كلية حقوق
الاسكندرية
والاستاذ الفخرى للقانون
الجنائى بجامعة روما

Il est vrai que la pollution cause un dommage à l'environnement entourant les hommes mais sans le malice de leur causer un préjudice. C'est qu'elle résulte, d'une activité qui est, en principe, licite, telle que la cultivation des terres, la conduite des autos, l'industrie productrice des biens à consommer, l'aviation comme moyen de transport etc....

Par conséquent, il serait difficile, pour le moment, au moins, de qualifier la violation des règles se rapportant à la pollution comme un délit intentionnel.

D'autre part, il est clair qu'une telle violation est toute différente du fait d'administrer un poison à quelqu'un ou d'en jeter dans un puits. Evidemment dans ces derniers cas il s'agit d'un crime intentionnel.

Tout au plus, on arriverait avec le temps et l'expansion des savoirs, à l'attribution d'une faute consciente au violateur d'une règle administrative relative au combat de la pollution. Ça veut dire qu'on ne saurait lui attribuer le dol, mais plutôt l'insouciance.

Mais quelle serait la sanction d'une pareille insouciance?

Il serait vraiment outré d'appliquer à l'agent de la pollution la peine de l'emprisonnement ou de l'amende entendue dans le sens pénal.

C'est que la sanction qui convient à son encontre est une forte amende administrative.

Déjà aux Etats Unis, on applique aux violateurs des règles sur l'eau "Clean Water Act", des amendes appelées civil fines; c'est-à-dire des amendes civiles qui sont, chez nous administratives, puisque le droit administratif se confond aux Etats-Unis avec le droit civil, et il n'y a pas chez eux, la juridiction administrative.

selon moi, et pour profiter des garanties de la juridiction pénale, on peut confier l'application de l'amende administrative à une section administrative de cette juridiction.

Et on peut, dans les cas graves, appliquer la sanction de retirer le permis d'exercice, comme dans le cas de récidive simple ou réitérée.

Il y a toujours la possibilité que l'activité polluante soit exercée par une personne morale.

Là aussi, on applique à une telle personne la sanction administrative indiquée ci dessus.

Selon nous, il ne s'agit pas d'une amende pénale, puisque la société est incapable de commettre un délit. Societas delinquere non potest.

Enfin, je suis de l'avis de fonder une branche nouvelle du droit administratif qui est le droit disciplinaire de la généralité des citoyens, à distinguer du droit disciplinaire des fonctionnaires publics.

Enfin, le sol et les plantes sont pollués par l'usage des insecticides ou des engrais minéraux. En effet les jets de l'insecticide ou de l'engrais minéral se mêlent avec les fruits des plantes, destinés à être mangés. Les spécialistes conseillent les agriculteurs d'employer préférentiellement des engrais organiques et d'éviter l'usage de certaines insecticides. C'est un problème technique à trancher par les spécialistes.

Moyens de prévention

3) Dans le domaine de la pollution. Il est dans le bien public de prendre les mesures préventives plutôt que les mesures répressives. Prévention vaut mieux que répression.

Il incombe à la puissance publique de tracer, avec l'aide des spécialistes, le chemin à prendre par rapport à toute activité susceptible d'avoir un effet polluant.

Le moyen pratique d'imposer certaines précautions c'est de faire soumettre le permis d'exercice de l'activité à la condition d'adhérer à certaines instructions.

Par exemple, l'administration du trafic, pourrait faire dépendre la concession du permis de circulation d'un véhicule, de l'engagement à employer un certain genre de combustible.

Le Ministère de l'Agriculture peut prohiber aux agriculteurs même s'ils sont propriétaires, l'emploi de certaines insecticides ou certains engrais.

Le Ministère des services publics; peut imposer l'écoulement des eaux d'égout au désert pour le fertiliser et le transformer en terre cultivable.

Egalement, il peut prendre des mesures technologiques pour purifier ces eaux et les faire destiner à l'irrigation.

Le Ministère de la culture peut prohiber le fait de fumer les cigarettes dans les cinémas clos et le Ministère des transports peut faire de même moyennant des avertissements au moins dans certains wagons du train ou dans certains autocars.

Les Ministère de l'industrie peut soumettre l'exercice de certaines industries, lesquelles peuvent produire des pollutions, à la condition de se munir des cyclones qui permettent le captage et l'élimination des poussières industrielles.

Le Ministère de logement, peut prohiber la construction d'habitations aux alentours des aéroports.

Moyens de répression

4) On peut se demander quoi faire avec les personnes violatrices des dites prohibitions?

Pour répondre à cette question, il faudrait d'abord dire quelques mots sur la qualification juridique d'une telle violation.

Le dommage de la pollution n'a attiré l'attention des juristes que tout récemment. Les citoyens commencent maintenant à s'en rendre compte.

En principe on peut assurer que, pour le moment, la dite violation est dépourvue de l'intention de nuire.

L'atteinte à l'environnement

par

Ramsès Behnam, professeur

de droit pénal à l'Université

d'Alexandrie et professeur agrégé à l'Université de Rome

Définition

1) L'atteinte à l'environnement provient soit du fait de la nature, soit du fait des hommes. Dans tous les deux cas, l'Etat comme organisation juridique de la société, doit s'en occuper. Elle ne saurait être une affaire des particuliers.

En cas des désastres naturels, tels que l'éruption d'un volcan, un tremblement de terre, une inondation, un typhon ou un naufrage, c'est l'Etat qui prend sur soi la charge de secourir les citoyens, moyennant cette branche de la police qui porte le nom de "défense civile".

Il en est de même, lorsque l'atteinte à l'environnement, dite, pollution, provient des individus. Là aussi, l'Etat se charge d'éviter une telle pollution, de l'endiguer et de sanctionner la conduite humaine qui en a été la cause.

Ce sanctionnement veut dire que l'Etat adopte des mesures administratives aptes à empêcher la répétition de la pollution et à rendre responsable celui ou ceux qui ont tenu la conduite polluante.

2) Avant d'envisager les formes d'intervention étatique en cas de pollution, il convient de passer en revue les divers objets et les diverses formes de cette pollution.

L'objet de la pollution pourrait être l'air à respirer, l'eau à boire, l'eau dont on se sert pour se baigner, ou le sol produisant des fruits à manger.

Les formes de pollution, sont pour l'air l'émission d'un gas nuisible aux poumons ou à la santé, comme celui émanant des autos ou des aéronefs, ou d'une poussière nocive comme celle jaillissante d'une cimenterie.

C'est une sorte de dommage résultant du progrès technologique et représentant une sorte de coût social de ce progrès.

Quant aux rivières ou aux ruisseaux, ils sont pollués par les sédiments d'une industrie, jetés dans l'eau de la rivière ou du ruisseau, ou par le fait d'y déboucher les eaux d'égout.

Les mers sont polluées de la même façon ou par l'écoulement de pétrole provenant d'un navire pétrolier naviguant.

Il est évident que la pollution de l'eau qu'elle soit potable ou salée, nuit aux poissons aussi bien qu'aux plantes marines ou fluviales dont ils se nourrissent.

Une pollution outrée pourrait faire mourir la rivière. Le Rhin est un exemple typique d'un fleuve mort. Son eau est nalcie, ses poissons n'existent plus et il sert, purement et simplement, comme moyen de transport commercial.

**مدى فعالية قواعد مسئولية الناقل
البحرى للبضائع فى القانون البحرى
الجديد فى حماية الشاحن المصرى**

لكتور

جلال وفاء محمددين

مدرس القانون التجارى والبحرى

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

مقدمة

صدر قانون التجارة البحرى رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، على أن يبدأ العمل به ابتداء من نوفمبر من نفس العام^(١)، ولقد جاء هذا القانون، بعد طول انتظار، ومعه طموحات كبيرة منها دعم الأسطول البحرى المصرى وتشجيع الاستثمار البحرى، ولعل أهمها جميعا حماية الشاحنين.

فمصر هى بالدرجة الأولى من دول الشاحنين إذ لا ينقل أسطولها البحرى أكثر من ٨% من حجم تجارتها الخارجية، أضف إلى ذلك اعتمادنا فى استيراد مواشينا الغذائية وغيرها على أساطيل النقل الأجنبية^(٢)، فلا غرو إذًا، والمشرع المصرى بمن قانوننا حديثًا، أن تُلغى قواعد هذا القانون والمتعلقة بالنقل البحرى للبضائع

(١) انظر النص الكامل لقانون التجارة البحرية، القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، الجريدة الرسمية، السنة الثالثة والثلاثون - العدد ١٨ (تابع) فى ٨ شوال سنة ١٤١٠ (٣) مايو سنة ١٩٩٠). ولقد نصت المادة الأولى من قانون الإصدار على إلغاء قانون التجارة البحرى الصادر فى ١٣ نوفمبر ١٨٨٢، وعلى العمل بالقانون الجديد مع مراعاة للقواعد والأحكام الواردة فى القوانين الخاصة. كما نصت المادة الثالثة من قانون الإصدار على العمل بالقانون الجديد بعد ستة أشهر من تاريخ نشره.

(٢) انظر للدكتور محمد فريد العربى، نقل البضائع بحرا بين معاهدة سندات الشحن وقانون التجارة البحرية المصرى الجديد دراسة فى تحديد نطاق القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، منشور فى دراسات فى القانون البحرى والبحرى: دكتور رفعت فخرى ودكتور محمد فريد العربى (مؤلف مشترك صادر عن الدار الجامعية - بيروت ١٩٩٢)، ٧ - ٥٤، وبصفة خاصة فى ص ٥٠. وانظر أيضا، للدكتور هشام على صادق، نطاق تطبيق القانون البحرى الجديد فى مسائل نقل البضائع وانفاقيات التحكيم المتعلقة بها، المجلة المصرية للقانون الدولى، للمجلد الخامس والأربعون (١٩٨٩)، ص ١ - ٢٩، وبصفة خاصة فى ص ١٠.

متركة حول فكرة جوهرية وهى حماية الشاخنين المصريين. وفى هذا الخصوص، فلقد وضع مشرعنا نصب عينيه قواعد هامبورج التى جاءت بها اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر عام ١٩٧٨، فاستوحى الكثير من أحكامها فى الباب الخاص بالنقل البحرى للبضائع^(٣)، وبهذا يتحقق قدر من الانسجام بين تشريعنا الوطنى، واتفاقية هامبورج والتى ستحل، بعد أن أصبحت نافذة على المستوى الدولى، محل معاهدة بروكسل لعام ١٩٢٤.

وإذا كان المشرع المصرى قد أخذ فى صلب القانون البحرى الجديد بالكثير من قواعد هامبورج، واستوحى نصوصها فى أغلب المواضع، فلقد تصور أن تطبيقها جنباً إلى جنب مع القانون المصرى لن يثير أى مشكلات، بدليل أنه قد نص على العمل بهذه القواعد فى نفس التاريخ الذى نص عليه لبدء العمل بالقانون الجديد^(٤)، ومع هذا يثور التساؤل عن ما إذا كان هناك فعلاً تطابق بين قواعد هامبورج وقواعد القانون البحرى الجديد، أم أن هناك اختلافات بينهما على الرغم من استلهاهم مشرعنا للقواعد الأولى؟

(٣) انظر فى هذا المعنى، المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة البحرية، فقرة ١٣٩.

(٤) وللطريف أنه قد صدر قرار من وزير الخارجية المصرى بنشر اتفاقية هامبورج فى الجريدة الرسمية والعمل بها اعتباراً من ١١/٣/١٩٩٠، أى قبل نفاذها على المستوى الدولى، وهو نفس تاريخ العمل بالقانون البحرى الجديد. انظر قرار وزير الخارجية رقم ٣٥ لسنة ١٩٩١، الجريدة الرسمية العدد ١٥ - أبريل ١٩٩١.

وإذا حصل وجدت اختلافات بينهما، فأيهما أكثر رعاية لمصالح الشاحنين المصريين؟ وأى قواعد يتعين تطبيقها فى هذه الحالة على النقل البحرى للبضائع: قواعد القانون المصرى، أم قواعد هامبورج؟ وعلى أى الأحوال، إذا كانت حماية الشاحنين المصريين هى غاية محمودة وآمال طموحة، فإلى أى مدى نجح مشرعنا المصرى فى بلوغ هذه الغاية وتحقيق هذه الآمال، حتى لا تكون هذه الحماية مجرد نصوص لا طائل منها؟.

للإجابة عن هذه التساؤلات التى تكشف عن الأبعاد الفعلية والحقيقية لمدى قدرة مشرعنا الوطنى على إنجاز السياسة التشريعية التى رسمها فى القانون البحرى الجديد والتى تستهدف فى المقام الأول حماية الشاحنين، سنحاول إبراز الاختلافات الأساسية بين قواعد هامبورج ومثلتها فى قانون التجارة البحرى فيما يخص حماية الشاحنين. على أننا لا نحاول إقامة مقارنة شاملة بين هذين النظامين القانونيين، وإنما فقط إبراز مدى تفوق القانون المصرى على قواعد هامبورج من هذه الزاوية. وفى مرحلة تالية، سنحاول إيضاح أن الحماية الواسعة التى قررها القانون المصرى للشاحنين أصبحت معطلة ومكبلة، أساسا، بسبب نفاذ قواعد هامبورج على المستوى الدولى. على أنه قبل معالجة هاتين الفكرتين الجوهريتين، فإنه من المناسب إلقاء بعض الضوء على تطور الأفكار الخاصة بحماية الشاحنين.

ومن ثم يمكن تقسيم هذه الدراسة على النحو الآتى:

مطلب تمهيدي: تطور الأفكار الخاصة بحماية الشاحنين.

المبحث الأول: تفوق القانون البحرى المصرى على قواعد هامبورج
فى حماية الشاحنين.

المبحث الثانى: ثل فعالية قواعد القانون البحرى المصرى عن حماية
الشاحنين.

مطلب تمهيدى فى تطور الأفكار الخاصة بحماية الشاحنين

١- من بروكسل إلى هامبورج:

يعد تطور قواعد مسؤولية الناقل البحرى للبضائع نتاجا للصراع المحتدم والمستمر بين المصالح المتقابلة للشاحنين من جهة، وللناقلين من جهة أخرى. ولأن العقد شريعة المتعاقدين، ولأن لإرادة سلطانا واسعا فى رسم شروط التعاقد، فلقد ظلت الغلبة - فى هذا الصراع - ولوقت طويل للناقلين البحريين. ذلك أنه فى ميزان التعاقد نجد أن كفة الشاحن على غير تكافؤ مع كفة الناقل. والفرص أن الناقل أقوى مركزا من الشاحن، فهو الأقدر على إملاء شروطه وفرض البنود التى يرغب إفراغها فى العقد، وبصفة خاصة ما قد يتعلق منها بأجرة النقل أو بإعفائه من المسؤولية عن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير فى تسليمها^(٥).

ولقد أدى تواتر الناقلين على إدراج شروط معفية من المسؤولية فى سندات الشحن إلى إفلاتهم منها مما جعل نصوص المسؤولية الموجودة فى القوانين الوطنية المختلفة غير ذات قيمة للشاحنين، فى

(٥) أنظر فى هذا المعنى، الدكتور على محمد البارودى، مبادئ القانون البحرى (١٩٨٣)، فى ص ١٤٩، وأيضا فى ص ٢٠٥. أنظر كذلك الدكتور مصطفى كمال طه، القانون البحرى (١٩٩٠)، وبصفة خاصة فى ص ٢٨١، وأيضا فى ص ٢٨٧ - ٢٨٨. وأنظر فى معنى مقارب للدكتورة سميحة القليوبى، القانون البحرى، (١٩٨٧) فى ص ٢٢٥. أنظر كذلك الدكتور على جمال الدين عوض، القانون البحرى (١٩٨٧)، وبصفة خاصة ص ٢٦٩ - ٢٧١.

أحيان كثيرة (٦). ولم يحل لجوء الشاحنين إلى نظام التأمين على البضاعة، لضمان حقوقهم من خلال مبالغ التأمين في حالات هلاك البضاعة أو تلفها، المشكلة. فشركات للتأمين في طولها محل الشاحن لمطالبة الناقل كانت تصطدم هي الأخرى بشروط الإعفاء من المسؤولية المنصوص عليها في سند الشحن، بما كان يجعل من الصعب عليها استرداد قيمة تعويضات التأمين التي دفعتها للشاحنين (٧).

ولقد كسافح الشاحنون في الدول المختلفة في سبيل استصدار تشريعات يتم بمقتضاها إبطال شروط الاعفاء من المسؤولية أو على الأقل الحد منها. على أن هذه المحاولات باءت بالفشل في أحيان كثيرة لاصطدامها بالمصالح القوية للناقلين (٨).

(٦) أنظر في معنى مقارب، الدكتور على البارودي، مبادئ القانون البحري، المرجع السابق الإشارة إليه في ص ١٨١.

(٧) أنظر الدكتور مصطفى طه، القانون البحري، المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ٢٨٨؛ وأنظر كذلك الدكتور محمود سمير الشرقاوي، العقود البحرية (الطبعة الثانية) ١٩٩١، في ص ٩٦. بل إن الدكتور سمير الشرقاوي يذكر أن من شأن شروط إعفاء التي تدرج في سند الشحن "إضعاف ضمان البنوك عند تقديم الاعتمادات المستندية للشاحنين، لأنه إذا لم يتم مستورد البضاعة بسداد قيمة الاعتماد المستندي الذي يقدمه البنك لمصدر البضاعة، كان من حق البنك أن ينفذ على البضاعة بموجب مستنداتها التي تكون تحت يده ووجود شروط الإعفاء في سندات الشحن يعطل هذا الضمان من الناحية العملية". أنظر الدكتور الشرقاوي، ذات المرجع المشار إليه، في ص ٩٦. أنظر في نفس المعنى الدكتورة سميرة القليوبي، القانون البحري، المشار إليه سابقاً في ص ٢٨٤.

(٨) أنظر الدكتور مصطفى طه، المرجع المشار إليه سابقاً. في ص ٢٨٨. أنظر أيضاً الدكتور فايز نعيم رضوان، القانون البحري (١٩٨٦)، في ص ٢٩٣.

وأخيراً، ثُمرت الجهود التي قامت بها جمعية القانون الدولي في لاهاي عام ١٩٢١ إلى صياغة سند شحن نموذجي يقضى ببطلان شروط الإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء التجارية، مع إعفاء الناقل من الأخطاء الملاحية وبعض الحالات الأخرى^(٩)، على أن قواعد لاهاي لم تكن ملزمة، حيث تقتصر أثرها على الحالة التي يتفق فيها الأطراف على الأخذ بها^(١٠)، وأثناء انعقاد مؤتمر بروكسل الدبلوماسي في عام ١٩٢٢ تمت المطالبة بتبني قواعد لاهاي في ثوب معاهدة ملزمة للدول المصدقة عليها. وبالفعل تم التوقيع في الخامس والعشرين من أغسطس عام ١٩٢٤ على المعاهدة الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن، وهي ما تُعرف بمعاهدة سندات الشحن^(١١).

(٩) أنظر الدكتور محمود سمير الشرقاوي، العقود البحرية، المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ٩٧.

(١٠) أنظر الدكتور سمحة القليوبي، القانون البحري، المرجع المشار إليه سابقاً في ص ٢٨٦. أنظر كذلك، الدكتور مصطفى طه، القانون البحري، المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ٢٨٩، أنظر أيضاً الدكتور فايز نعيم رضوان، القانون البحري، المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ٢٩٤. وأنظر في نقد قواعد لاهاي، الدكتور على عوض، القانون البحري، المشار إليه سابقاً في ص ص ٢٧١ - ٢٧٢.

(١١) أنظر في ذلك:

Paul Todd, Modern Bills of Lading, second edition (Blackwell Law, 1990).

وبصفة خاصة في ص ١٣٦، وما بعدها. أنظر أيضاً الدكتور مصطفى طه، القانون البحري، المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ص ٢٨٩ - ٢٩٠. أنظر كذلك للدكتور محمود سمير الشرقاوي، العقود البحرية، المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ٩٨. والواقع أن معاهدة سندات الشحن قد استلهمت معظم قواعدها من قانون هارتر الأمريكي The Harter Act ولاذی صدر في الولايات المتحدة في عام ١٨٩٣، وكان يستهدف أساساً حماية الشاحنين - باعتبار أن أمريكا في ذلك الوقت كانت من دول الشاحنين - وذلك بإبطال شروط الإعفاء من المسؤولية. أنظر في ذلك للدكتور على البارودي، مبادئ القانون البحري، المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ص ١٩٢ - ١٩٣. وأنظر أيضاً الدكتور سمحة القليوبي، القانون البحري، المرجع المشار إليه سابقاً في ص ٢٨٦. وراجع في النص للكامل لقانون هارتر الأمريكي مؤلف:

ولقد حققت معاهدة سندات للشحن بعض أهداف الشاحنين، فلقد أبطلت المعاهدة - بصفة عامة - شروط إعفاء الناقل من المسؤولية. فيكون باطلا شرط تجهيل وزن البضاعة أو مقدارها، كما يبطل أى شرط من شأنه التخفيف من التزامات الناقل وأى شرط يهدف إلى قلب عبء الإثبات فيما يخص مسؤولية الناقل. كما يبطل شرط تتسازل الشاحن عن حقوقه الناشئة عن التأمين على البضاعة للناقل. وعلى أى الأحوال، فإن أى شروط أو اتفاقات من شأنها الإخلال بمركز الأطراف أو تعديل مركز الناقل فيما يتعلق بتخفيف مسؤوليته يكون واجبا إبطالها^(١٢).

وعلى الرغم من أن معاهدة سندات الشحن، والبروتوكول المعدل لها فى عام ١٩٦٨ (قواعد وسبى) قد حققا بعض التقدم لحماية الشاحنين^(١٣)، إلا أن كثيرا من الدول النامية، وهى فى الأغلب دول

Nicholas J. Healy & David J. Sharpe, Admiralty, Cases and Materials, (1979). = وبصفة خاصة فى ص ص ٤٦٩ - ٤٧١.

(١٢) أنظر الدكتور مصطفى طه، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٣٠٦، وما بعدها. أنظر كذلك، الدكتور البارودى، مبادئ القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٢١٦، وما بعدها، وأيضا راجع الدكتور سمحة القليوبى، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٣٠٠، وما بعدها. وراجع كذلك الدكتور الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١١٣، وما بعدها. وفى أهداف معاهدة بروكسل، أنظر الدكتور على عوض، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٢٧٢ - ٢٧٣.

(١٣) وبالنسبة للتعديل الذى لحق معاهدة سندات الشحن بمقتضى قواعد وسبى لعام ١٩٦٨، والذى توسع فى نطاق تطبيق أحكام المعاهدة المذكورة، أنظر Paul Todd, Modern Bills of Lading، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١٣٦، وما بعدها. أنظر أيضا الدكتور البارودى، مبادئ القانون البحرى، المرجع السابق الإشارة إليه، فى ص ص ١٩٥ - ١٩٦.

شاحنين، قد رأت أن هذه الحماية أضحت غير كافية^(١٤)، بل إن البعض قد رأى أن معاهدة بروكسل ما زالت في صف الناقلين وذلك بتقريرها العديد من أسباب الإعفاء من المسؤولية^(١٥).

وإزاء الحاح الدول النامية واعتراضاتها المستمرة على معاهدة بروكسل والبروتوكول المعدل لها، قامت الأمم المتحدة ببعض الجهود لمحاولة جمع الشمل الدولي بين الدول الناقلة والدول الشاحنة. فعكفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على دراسة الوضع، وبحث مدى إمكانية حماية الدول البحرية للنامية. فشكلت لجنة ضمت إحدى وعشرين دولة اجتمعت في نيويورك ثم في باريس. وأخيراً، قدم مشروع معاهدة تحكم مسؤولية الناقل البحري للبضائع. وفي مارس عام ١٩٧٨ انعقد مؤتمر في هامبورج في ألمانيا، حيث تمت الموافقة على تبنى "اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام ١٩٧٨"، والتي تعرف بإسم قواعد هامبورج^(١٦).

(١٤) أنظر للدكتور سعيد يحيى، مسؤولية ناقل البحري، وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام ١٩٧٨ (قواعد هامبورج)، منشأة المعارف الاسكندرية ١٩٨٦، في ص ١١ - ١٢. أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون البحري الجديد، فقرة ١٣٩. أنظر أيضاً، الدكتور العرينى، نقل البضائع بحراً ...، البحث المشار إليه سابقاً في ص ٩.

(١٥) أنظر في هذا المعنى الدكتور البارودى، مبادئ لقانون البحري، المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ١٩٧. وأنظر كذلك، المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون البحري الجديد، فقرة ١٥٧.

(١٦) أنظر في مراحل وتاريخ إقرار "اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام ١٩٧٨"، الدكتور سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحري ...، البحث المشار إليه سابقاً في ص ٩ - ١٣.

وجدير بالذكر أنه خلال هذه الدراسة فإننا سنستخدم اصطلاح قواعد هامبورج أو اتفاقية هامبورج كاختصار لاسم هذه الاتفاقية الجديدة.

ولقد استحدثت قواعد هامبورج نظاما لمسئولية الناقل البحري للبضائع هو أقرب إلى حماية الشاحنين. لدرجة أن البعض قد وصف هذا للنظام بأنه مؤشر تكون الغلبة في الصراع بين مصالح الشاحنين ومصالح الناقلين كانت في النهاية لصالح الشاحنين^(١٧). ولقد تمثلت حماية للشاحنين في مظاهر عديدة سنحاول إبرازها خلال هذه الدراسة.

ونقضى المادة الثلاثون من اتفاقية الأمم المتحدة بنفاذها في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء سنة واحدة من تاريخ ايداع الوثيقة العشرين من وثائق التصديق أو القبول أو الإقرار أو الإلتزام. ولقد صنفت الدولة العشرون (وهي زامبيا) على الاتفاقية في السابع من أكتوبر سنة ١٩٩١^(١٨). وتم ايداع الوثيقة العشرين لدى الأمين العام للأمم المتحدة. ومن ثم بدأ نفاذ الاتفاقية في نوفمبر سنة

(١٧) أنظر الدكتور سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحري ..، البحث السابق الإشارة إليه، في ص ٣٦. وفي النقاش المحترم بين كل من الناقلين والشاحنين حول جدوى قواعد هامبورج، أنظر بصفة خاصة:

Douglas A. Werth, The Hamburg Rules Revisited - A Look at U.S. Options, Vol. 22, No. 1, Journal of Maritime Law and Commerce, (January, 1991) at PP. 59 - 79.

وبصفة خاصة أنظر ص ص ٦٩ - ٧٣.

(١٨) أنظر الدكتور محمود سمير لشرقاوى، العقود البحرية، المراجع المشار إليه سابقا في ص ص ٩٩، هامش رقم (١). وأنظر النص الكامل لاتفاقية هامبورج باللغة العربية في الجريدة الرسمية - لسنة ٣٥ - العدد ٢٥ في ١٧ ذى الحجة سنة ١٤١٢ (١٨ يونيو سنة ١٩٩٢). وأنظر نص هذه الاتفاقية باللغتين الانجليزية والفرنسية في:

١٩٩٢، وهو أول الشهر التالي لانقضاء سنة واحدة على تاريخ إيداع الوثيقة العشرين من وثائق التصديق^(١٩).

على أنه وإن كانت قواعد هامبورج قد وضعت لتحل محل معاهدة سندات الشحن فإن نفاذها على المستوى الدولي لا يعنى اختفاء كل الأثر لمعاهدة سندات الشحن. بل على النقيض، فإن نفاذ قواعد هامبورج سوف يجعل المسائل أكثر تعقيدا فى نطاق النقل البحرى الدولى للبضائع. فمطبيق قواعد هامبورج سيكون منحصرا فى الدول التى صدقت على اتفاقية الأمم المتحدة وطبقا للنطاق الذى حددته المادة الثانية من الاتفاقية، وهى دول لا يزيد عددها عن عشرين، وكلها من الدول النامية^(٢٠). أما الغالبية العظمى من الدول فلا زالت أطرافا فى معاهدة سندات الشحن، وهى دول فى أكثرها من الدول الغنية الناقلة، ويثور شك كبير فى انضمامها إلى اتفاقية الأمم المتحدة، على الأقل فى المستقبل القريب^(٢١). ولذا فإن مستقبل النقل البحرى

(١٩) أنظر للمادة ١/٢٠ من قواعد هامبورج.

(٢٠) للدول التى صدقت على الاتفاقية حتى أكتوبر ١٩٩١ هى: مصر - أوغندا - تنزانيا - تونس - بربادوس - المغرب - رومانيا - شيلي - لبنان - هنجاريا - السنغال - سيراليون - نيجيريا - بنسوانا - كينيا - ليسوتو - بوركينافاسو - غينيا - ملاوى - ولخيرا زامبيا. أنظر التقرير المنشور فى

Comité Maritime International year book (1991 - 1992).

(٢١) والواقع أن هناك حججا كثيرة أثارها معارضو اتفاقية هامبورج فى الدول الغنية. ففى الولايات المتحدة الأمريكية مثلا، فإن هناك معارضة من جهات عديدة منها غرفة التجارة والنقل، وشركات التأمين، كما أن الكونجرس الأمريكى - يتوقع - ألا يبدى أى تعاطف مع هذه الاتفاقية، إن هى قدمت إليه، على الرغم من أن الإدارة الأمريكية ترى أنه على المدى البعيد فإن قواعد هامبورج تخدم المصالح الأمريكية متمثلة فى مصالح الشاحنين. أنظر مقالة Werth، بعنوان Werth's Hamburg Rules Revisited، والمشار إليها سابقا وبصفة خاصة فى ٧٤ - ٧٦. ولعل أهم أوجه المعارضة لقواعد هامبورج هى أنها قواعد ثورية ومتطرفة وتتجاهل للعمل =

= والعرف والقواعد البحرية المستقرة، وأنها ستؤدي إلى زيادة حجم المنازعات بين الناقلين والشاحنين. ويضرب المؤلف مثالا على عدم وضوح قواعد هامبورج واتصافها بالغموض أنها تضمنت إعفاء الناقل عن الضرر أو الخسارة التي تلحق البضاعة إذا كان الضرر أو الخسارة ناشئة عن اتخاذ للتدابير (المعقولة) لإنقاذ الأرواح أو الأموال في البحر.

وفي ظل القواعد المستقرة (قواعد ومبى)، فإن مثل هذا الإعفاء موجود أيضا ولكن بدون ذكر عبارة (المعقولة)، إذ أن الناقل في ظل هذه القواعد الأخيرة يمكن إعفاؤه من المسؤولية بمجرد اتخاذه تدابير الإنقاذ، ووصف هذه التدابير بالمعقولة - في قواعد هامبورج - من شأنه فتح باب المنازعات. انظر مقالة Werth، بعنوان The Hamburg Rules Revisted، المشار إليه سابقا، في ص ص ٧٠ - ٧١. أضف إلى ذلك، أن معارضي اتفاقية هامبورج يذهبون إلى أن أعمال قواعدها سيؤدي إلى زيادة أسعار النقل، لأن مسؤولية الناقل أصبحت ثقيلة حيث أن خطأه أصبح مفترضا عند هلاك البضاعة أو تلفها أو حصول تأخير في تسليمها. وبالتالي فإن الناقل سيحاول رفع سعر لجرة النقل لكي يتعادل مع عواقب مخاطر النقل التي سيتحملها. وهذا يؤدي بطريقة غير مباشرة إلى جعل الحمالة المنشودة للشاحنين غير ذات جدوى، لأن الشاحن هو الذي سيتحمل الزيادة في تكلفة النقل. انظر مقالة Werth للمشار إليها بعنوان: The Hamburg Rules Revisted، في ص ٧٩.

وأخيرا، فإن المعارضين على الاتفاقية المذكورة يقولون أن تطبيقها سيؤدي إلى زيادة في أقساط التأمين الذي يقوم به الناقل للتأمين من مسؤوليته. ثم إنه إذا كان صحيحا أن أقساط التأمين على البضاعة الذي يقوم به الشاحنون سوف تنخفض إبان تطبيق قواعد هامبورج، إلا أن في ذلك بعض المبالغة، لأن الناقل سيقوم من جهة أخرى بزيادة أسعار النقل لكي يغطي أقساط التأمين المرتفعة التي سيقوم هو بسدادها عند التأمين من مسؤوليته. انظر في ذلك:

Michael F. Sturley, Changing Liability Rules and Marine Insurance: Conflicting Empirical Arguments About Hague, Visby, and Hamburg in a Vacuum of Empirical Evidence, Vol. 24 No.1, Journal of Maritime Law and Commerce (January 1993), PP. 119 - 149.

وبصفة خاصة في ص ص ١٤٢ - ١٤٣.

والطريف في الأمر أن شركات التأمين التي تتولى التأمين على البضائع لصالح الشاحنين تتعرض بشدة على قواعد هامبورج، لأن هذه الأخيرة ستؤدي إلى ترخي الشاحنين في القيام بالتأمين على بضائعهم وذلك بالنظر إلى اطمئنانهم إلى الحمالة الواسعة التي تمنحها لهم قواعد الاتفاقية، وهم إن قاموا بالتأمين، فإن أقساطه ولا شك سوف تنخفض بشكل ملحوظ. انظر في ذلك مقالة Werth، بعنوان: The Hamburg Rules، المشار إليها سابقا في ص ٧٩. وانظر بصفة خاصة في موضوع تأثير قواعد هامبورج على التأمين:

C.W. Goldie, Effect of the Hamburg Rules on Shipowner's Liability Insurance, Journal of Maritime Law and Commerce (January 1993) at PP. 111-117.

للبيضائع سيكون محصلة للتصادم المتوقع حدوثه بين مصالح الدول الشاحنة التى تأخذ بقواعد هامبورج، والدول الناقلة التى ما زالت تحرص على عدم المساس بمعاهدة سندات الشحن^(٢٢).

٢ - الوضع فى مصر: ازواجية القواعد لقانونية التى تطبق على النقل البحرى للبيضائع

ظل القانون البحرى المصرى (الملغى) والصادر فى عام ١٨٨٢ يحكم النقل البحرى للبيضائع فى مصر رداً طويلاً من الزمن. ولم تتعطل أحكام هذا القانون حتى بعد انضمام مصر إلى معاهدة سندات الشحن لعام ١٩٢٤ وبروتوكول بروكسل (قواعد وسبى) لعام ١٩٦٨. فبينما كان القانون البحرى للمصرى (الملغى) يحكم النقل البحرى الوطنى بصفة عامة والنقل البحرى الدولى الذى يخرج عن مجال المعاهدة، فإن المعاهدة، أى معاهدة سندات الشحن، كانت تسرى على النقل البحرى الدولى للبيضائع بطريقة تلقائية فى حالتين هما: إذا كان سند الشحن قد صدر فى مصر، وهى طرف متعاقد فى الاتفاقية؛ أو إذا كان النقل البحرى الدولى يبدأ فى مصر^(٢٣). ومن ثم

(٢٢) أنظر:

David C. Frederick, Political Participation and Legal Reform in the International Maritime Rulemaking process: From the Hague Rules to the Hamburg Rules, Vol. 22 No.1 Journal of Maritime Law and Commerce (January 1991) PP. 81 - 117.

وبصفة خاصة فى ص ص ١١٦ - ١١٧.

(٢٣) أنظر الدكتور مصطفى طه، للقانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقاً، فى ص ٢٩٠؛ الدكتور على محمد البارودى، مبادئ القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقاً فى ص ١٩٨ - ٢٠١؛ الدكتور مسمحة قليوبى، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقاً فى ص ٢٨٩ - ٢٩٠.

فلقد كان هناك ازدواجية فى القواعد القانونية التى تحكم النقل البحرى مما أثار فى العمل مشكلات قانونية وعملية ضخمة (٢٤). بل لقد أصبح نطاق تطبيق المعاهدة أكثر اتساعا بعد تعديلها ببروتوكول عام ١٩٦٨ (٢٥)، حيث يتم تطبيقها إذا تضمن سند الشحن نصا يقضى بإخضاع النقل للمعاهدة أو لآى تشريع يأخذ بأحكامها أو يعطيها قوة النفاذ (٢٦)، وهذا ما يعرف بالشرط الجوهري أو شرط البارامونت Paramount Clause.

(٢٤) أنظر الدكتور أحمد حسنى، عقد النقل البحرى للبضائع فى القانون البحرى الجديد الصادر بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ (منشأة المعارف - الاسكندرية ١٩٩١) فى ص ٧ - ٨. وأنظر فى أحكام القضاء المصرى فى هذا الخصوص، حكم محكمة للنقض المصرية والذى أعلنت فيه أن معاهدة بروكسل تسرى على النقل الدولى فى نطاق محدود، وخارج هذا النطاق تسرى أحكام القانون التجارى البحرى. أنظر الطعن رقم ٣٠٣ سنة ٣١ ق جلسة ١٠/٥/١٩٦٦ ص ١٧ ص ١٠٥٠.

(٢٥) أنظر فى شروط تطبيق بروتوكول بروكسل (قواعد وسبى) لعام ١٩٦٨، للدكتور على البارودى، مبادئ القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١٩٦؛ الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٠١. وأنظر فى التعليق على أحكام محكمة النقض المصرية التى تطرقت لشروط تطبيق معاهدة بروكسل لعام ١٩٢٤ قبل وبعد تصديق مصر على بروتوكول ١٩٦٨، مؤلف الدكتور هشام على صائق، للتعليق على أحكام محكمة النقض فى مسائل القانون البحرى (الدار الجامعية ١٩٨٥)، وبصفة خاصة ص ص ١٢٧ - ١٦٦.

(٢٦) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه لما كان بروتوكول هذه المعاهدة قد خول الدول المتعاقدة الحق فى تنفيذها إما بإعطائها قوة القانون أو بإدخال أحكامها فى تشريعها الوطنى، وكان من المعلوم فقها وقضاء أن إنجلترا قد أدخلت أحكام معاهدة سندات الشحن لسنة ١٩٢٤ فى تشريعها الداخلى، حيث أصدرت قانون نقل البضائع بحرا لسنة ١٩٢٤ وجعلت أحكامه مطابقة لأحكام المعاهدة المذكورة التى أصبحت تشريعا نافذا فى مصر، فإن علم للقاضى بمضمون هذا القانون يكون مفترضا ولا يكون ثمة محل لإلقاء عبء إثبات مضمونه على عاتق من يتملك به. أنظر (الطعن ٩٨٣ سنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٦) منشور فى مؤلف الدكتور أحمد حسنى، ملحق قضاء النقض البحرى (منشأة المعارف - الاسكندرية ١٩٨٦) فى ص ٥٣ - ٥٥ وأنظر أيضا فى نفس المسألة الطعن ١٢٤ سنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٢/١١ ص ١١ ع ١ ص ١٣٧، وأيضا الطعن ٢١٤ سنة ٣٨ ق جلسة

وزدادت المشكلة تعقيدا بعد صدور القانون البحرى الجديد رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، والذي حل محل القانون البحرى القديم، إذ دخل القانون الجديد حيز التنفيذ فى الثالث من نوفمبر عام ١٩٩٠. فنصوص هذا القانون الجديد والمتعلقة بالنقل البحرى للبضائع تتعارض مع معاهدة سندات الشحن تعارضا صارخا، وبصفة خاصة ما تعلق منها بمسئولية الناقل البحرى، والإعفاء منها، وتحديداه، والدعوى المتعلقة بها (٢٧). فمصر كانت طرفا فى معاهدة سندات الشحن، وفى نفس الوقت ظهر تشريع لاحق يتعارض معها، فكيف يمكن التوفيق بين قانون يختلف فى أحكامه الأمرة اختلافا جوهريا عن أحكام قانونية أخرى تلتزم بها مصر بمقتضى معاهدة دولية، على الأقل فى المرحلة الانتقالية وقبل نفاذ اتفاقية هامبورج. ولقد انقسم الفقه بصدد هذه المسألة الى فريقين لكل منهما رأيه.

= ١٣/٦/١٩٧٤ س ٢٥ ص ١٠٤٥، أنظر فى ذلك الدكتور أحمد حسنى، المرجع السابق، ملحق قضاء النقض البحرى، فى ص ص ٥٥ - ٦٦. (٢٧) ويلاحظ أن أهمية حل مشكلة التعارض تقتصر على المرحلة الانتقالية السابقة على نفاذ هامبورج، وقد تمتد إلى فترة خمس سنوات لاحقة أيضا إذا استعملت مصر الرخصة المقررة فى المادة ٤/٣١ من اتفاقية هامبورج، بما لا يقل بحال من الأحوال من أهمية الآراء التى منعه عنها بصدد هذه المسألة. لأن المشكلة مازالت قائمة. وأنظر فى أهم مظاهر التعارض بين معاهدة سندات الشحن والقانون البحرى وقانون التجارة البحرية المصرى الجديد بحث الدكتور العرينى، نقل البضائع بحرا ...، البحث المشار إليه سابقا، وبصفة خاصة فى ص ص ١٠ - ١٤. وأنظر فى نطاق تطبيق قواعد النقل للبضائع وفى حل التنازع بين قانون التجارة البحرية الجديد وكل من قواعد معاهدة سندات الشحن وقواعد هامبورج مؤلف زميلنا الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المشار إليه فى ص ص ٢٥ - ٣٦.

فذهب الرأى الأول^(٢٨) إلى أن المشرع المصرى قد اقتصر فى القانون الجديد على إلغاء التقنين البحرى السابق، إذ أنه لم ينص على إلغاء الأحكام الواردة فى قوانين خاصة، بل إن المشرع كان حريصا على إعمال هذه القوانين الخاصة بقوله فى المادة الأولى من القانون الجديد "بأنه مع مراعاة القواعد والأحكام الواردة فى القوانين الخاصة يعمل بأحكام قانون التجارة البحرية"^(٢٩) ولا شك أن الأحكام الواردة فى كل من معاهدة سندات الشحن والبروتوكول المعدل لها هى من الأحكام الخاصة فى مجال تضييقها، وللمسائل التى تعالجها^(٣٠).

ولما كانت مصر لم تسحب بعد من معاهدة سندات الشحن وبروتوكولها المعدل، فلا محل للقول بأنها أصبحت غير ملتزمة بهما لمجرد صدور تشريع داخلى تتعارض أحكامه مع أحكام هذه المعاهدة^(٣١)، ولا أدل على ذلك من أنه قبل صدور القانون الجديد كان هناك تعارض بين أحكام المعاهدة والتقنين البحرى الملغى، بمعنى أنه كان لكل منهما مجال فى التطبيق. فكانت معاهدة بروكسل وبروتوكولها المعدل ينطبقان على النقل البحرى الدولى، عندما تتوفر

(٢٨) أنظر الدكتور هشام صادق، نطق تطبيق القانون البحرى الجديد فى مسائل نقل البضائع، البحث المشار إليه سابقا، والمنشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى (١٩٨٩)، وبصفة خاصة ص ٣، وما بعدها.

(٢٩) أنظر المادة الأولى من قانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ بإصدار قانون التجارة البحرية، الجريدة الرسمية العدد ١٨ سنة ١٩٩٠، والمشار إليه سابقا.

(٣٠) أنظر فى عرض وتشرح وتحليل هذه الحجة، الدكتور هشام صادق، نطق تطبيق القانون البحرى الجديد فى مسائل نقل البضائع، المشار إليه سابقا والمنشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى، وبصفة خاصة فى ص ٤ - ٥.

(٣١) أنظر الدكتور هشام صادق، البحث السابق الإشارة إليه، فى ص ٣.

شروط اعمالهما، بينما كان ينحصر مجال التقنين البحرى القديم ليظل قابعا بصفة اساسية فى نطاق العلاقات البحرية الداخلية وتلك التى لا تسرى عليها المعاهدة (٣٢).

ولم يتغير هذا الوضع حتى بعد صدور القانون البحرى الجديد. صحيح أن التشريع البحرى الجديد لاحق فى صدوره على معاهدة سندات الشحن، كما أنه يتضمن أحكاما أمره، مما قد يدعو الى القول بعدم امكانية تطبيق أحكام المعاهدة وبروتوكولها المعدل نظرا لتعارضهما مع هذه القواعد الأمرة، وبصفة خاصة ما قد يتعلق منها بحماية الشاحنين.

ويرد أصحاب هذا الرأى على هاتين الحجتين من ناحيتين:

فمن ناحية أولى، فإنه ليس من شأن إصدار تشريع لاحق يتضمن حكما عاما أو أحكاما عامة إلغاء الحكم الخاص الوارد فى المعاهدة النافذ فى مصر، ما لم ينص المشرع على هذا صراحة، ذلك أن الحكم العام يتقيد بالحكم الخاص فى الأمر الذى جاء التخصيص بشأنه ولو كان لاحقا (٣٣). ومن ناحية ثانية، فإن التعارض المتصور وقوعه بين نص معاهدة نافذة فى مصر وحكم أمر فى التشريع الجديد لا يجب أن يؤدي تلقائيا الى استبعاد الحكم الوارد فى المعاهدة على أساس

(٣٢) أنظر مؤلفنا، دروس فى القانون البحرى المصرى الجديد (الاسكندرية ١٩٩٢)، فى ص ٢٣٨.

(٣٣) أنظر الدكتور هشام صادق، نطاق تطبيق القانون البحرى الجديد فى مسائل نقل البضائع البحث المشار اليه سابقا فى ص ٤.

مخالفته للنظام العام المصرى الداخلى، ذلك أن فقه القانون الدولى الخاص الحديث يرى أن هناك farkا بين المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية فيما يتعلق بتطبيق الدفع بالنظام العام، ويتمثل ذلك فى "الدور الاستثنائى الذى تلعبه هذه الوسيلة الفنية لاستبعاد القانون الأجنبى فى مجال العلاقات الخاصة الدولية عن دورها الأصيل فى مجال القانون الداخلى كأداة لتقييد إرادة المتعاقدين بمقتضى النصوص الأمرة"^(٣٤). وبعبارة وجيزة، فإن تعارض حكم من أحكام معاهدة سندات الشحن، مع حكم من الأحكام الأمرة فى القانون البحرى المصرى الجديد، كنكلك مثلا المتعلقة بحماية الشاحن، لا يؤدى الى استبعاد حكم المعاهدة على أساس مخالفة للنظام العام الداخلى طالما أن هذا الحكم لا يتعارض مع مضمون النظام العام فى مجال القانون الدولى الخاص.

وبناء على ما تقدم، يذهب أصحاب هذا رأى إلى إمكانية حصول ازدواجية فى الأحكام القانونية التى تنطبق على النقل البحرى بمقتضى سند شحن. فمعاهدة بروكسل وبروتكولها المعدل ما زال لهما محل فى التطبيق طالما أن النقل البحرى دولى، وطالما توفرت شروط تطبيقهما الأخرى. أما القانون الجديد فيسرى على النقل البحرى الداخلى وأيضاً على النقل الدولى للبضائع فى الأحوال التى لا يتوفر فيها شروط إعمال المعاهدة وبروتكولها المعدل^(٣٥).

(٣٤) أنظر الدكتور هشام صادق، البحث السابق، فى ص ص ٤ - ٥.
(٣٥) أنظر فى هذا المعنى، الدكتور هشام صادق، البحث السابق فى ص ٦. أنظر أيضاً الدكتور أحمد حسنى، عقد النقل البحرى ...، المرجع المشار إليه سابقاً فى ص ٨.

ويبدو أن محكمة للنقض المصرية كانت تأخذ بهذه النظرية في ظل القانون البحري الملغى، حيث قررت هذه المحكمة أنه "إذا كانت معاهدة بروكسل لا تنطبق في صدد النقل البحري الدولي إلا في نطاق محدود، فإنه لا يكون من شأن هذه المعاهدة أن تؤثر خارج هذا النطاق في أحكام قانون التجارة البحرية السابقة عليها بما بعد نسخها لها لأن التعارض الذي يستتبع إلغاء نص تشريعي بنص في تشريع لاحق لا يكون، في حكم المادة الثانية من القانون المدني، إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحال اعمالهما فيه معاً، أما إذا اختلف المحل فإنه يتعين العمل بكل قانون في محله بصرف النظر عما بينهما من مغايرة طالما أن لكل منهما مجاله الخاص في التطبيق. ولا يمنع من ازدواج التشريع في قانون البلد الواحد، لأن الشارع هو الذي يقرر الحكمة من هذا الازدواج، وليس للقاضي إلا أن يطبق التشريع على ما هو عليه" (٣٦).

أما الرأي الثاني (٣٧)، فيفرق بين ما يطلق عليه حالات السريان التلقائي للمعاهدة من ناحية، وبين ما يعرف بحالة السريان الاتفاقي من ناحية أخرى. ويقصد بالأول "انطباق حكم القاعدة القانونية بصفة تلقائية ودون ما توقف على إرادة الأطراف، بمجرد تحقق الفرض

(٣٦) انظر الطعن رقم ٣٠٣ سنة ٣١ ق جلسة ١٠/٥/١٩٦٦، لسنة ١٧ ص ١٠٥٠.
(٣٧) انظر في هذا الرأي، استاذنا الدكتور محمد فريد العريني في بحثه، نقل البضائع بحراً، المشار إليه سابقاً.

الذى وضع لمواجهته" (٣٨). ومن ثم تسمى المعاهدة بصفة تلقائية فى حالة النقل الدولى، أى بين ميناعين فى دولتين مختلفتين، وذلك عند صدور سند الشحن فى دولة طرف متعاقد فى المعاهدة، أو عند وقوع نقطة للقيام فى النقل البحرى الدولى فى ميناء دولة طرف فى المعاهدة. أما النوع الثانى من سريان المعاهدة، أى للسريان الاتفاقي، فمعناه أن المشرع الدولى قد "فتح السبيل أمام المعاهدة، بعد تعديلها، لتطبق أحكامها، بطريق مباشر أو غير مباشر، على النقل البحرى الدولى الذى يفلت من نطاق سرياتها التلقائى" (٣٩). ذلك أن المادة العاشرة من المعاهدة فقرة (ج) بعد تعديلها ببروتكول عام ١٩٦٨ تقضى بتطبيق المعاهدة إذا تضمن سند الشحن نصا بذلك، أو إذا تضمن السند الاتفاق على تطبيق أى تشريع يأخذ بقواعد المعاهدة أو يعطيها قوة للنفاد على عقد النقل، "وعليه فإن تطبيق المعاهدة، عند وجود نص فى سند الشحن باخضاع النقل لحكمها، لا يدخل فى معنى السريان التلقائى بالمفهوم السابق بيانه، لأن هذه المعاهدة لم توضع أصلا لحكم النقل البحرى الذى لا يغطيه الفرضان المبينان فى البندين (أ) و(ب) من المادة العاشرة السالف الإشارة إليها، بدليل أنها علقت سرياتها على إرادة أطراف سند الشحن. وطالما أن الأمر كذلك، فالسريان هنا يكون اتفاقيا، وليس، كما يعتقد البعض، على وجه تلقائى" (٤٠).

(٣٨) أنظر الدكتور العربى، البحث السابق، فى ص ١٨.

(٣٩) أنظر الدكتور العربى، البحث السابق، فى ص ٢١.

(٤٠) أنظر الدكتور العربى، البحث السابق، فى ص ٢٢.

وبناء على التفرقة بين نوعى السريان التلقائى والاتفاقي للمعاهدة يذهب هذا الاتجاه الفقهى إلى أنه وإن كان من الممكن تغليب أحكام المعاهدة، أى معاهدة مستندات الشحن، على أحكام القانون البحرى الجديد فى حالات السريان التلقائى، فإنه على العكس من ذلك يتعين استبعاد أحكام المعاهدة وبروتوكولها المعدل فى حالة السريان الاتفاقي وذلك لصالح القانون البحرى الجديد^(٤١). فمن ناحية أولى، لا تنطبق قواعد القانون البحرى الجديد فى الأحوال التى يتعين فيها سريان المعاهدة بطريقة تلقائية، وذلك "لانفراد هذه الحالات بحكم خاص يقيد الحكم العام الذى تضمنه ذلك القانون"^(٤٢). صحيح أن للمعاهدات فى مصر نفس مكانة القوانين الداخلية، وبفس القوة الممنوحة لهذه الأخيرة، وأنه كان من المتعين عند حدوث تعارض بين أحكام المعاهدة والقانون الوطنى أن يحصل رفع هذا التعارض وفقا لقاعدة أن اللاحق، أى القانون البحرى الجديد، ينسخ الحكم السابق، أى أحكام معاهدة مستندات الشحن، إلا أنه لما كان للمعاهدة صفة الخصوصية، فإنه يتعين تطبيقها على هذه الحالات الخاصة التى تنظمها، ولا سيما أن التشريع البحرى المصرى له صفة العمومية^(٤٣). أضف إلى ذلك أنه "لا يجوز افتراض انصراف نية المشرع الوطنى إلى مخالفة التزاماته الدولية السابقة إلا إذا أعلن رغبته فى ذلك صراحة"^(٤٤). وهو ما لم يحدث. ومن ناحية ثانية، فإنه يتعين استبعاد أحكام

(٤١) انظر الدكتور العربى، البحث السابق، فى ص ص ٣٥ - ٣٩ وبصفة خاصة فى ص ٣٩.

(٤٢) انظر الدكتور العربى، البحث السابق فى ص ٣٩.

(٤٣) انظر الدكتور العربى، البحث السابق فى ص ص ٣٦ - ٣٧.

(٤٤) انظر الدكتور العربى، البحث السابق الإشارة إليه، فى ص ٣٧.

المعاهدة، في غير حالات سريانها التلقائي، وذلك عندما يتضمن سند الشحن نصا اتفاقيا يقضى بحسب بروتوكول ١٩٦٨ بتطبيق أحكام معاهدة سندات الشحن. وأساس إستبعاد أحكام المعاهدة في هذا الفرض يكون بناء على "الدور الوقائي" الذي يتعين على فكرة النظام أن تلعبه في هذا الخصوص ^(٤٥). ذلك أن القانون البحري الجديد يعتبر من طائفة القوانين ذات التطبيق المباشر، إذ أنه يستهدف انجاح السياسة الاقتصادية للدولة في قطاع هام من قطاعات الاقتصاد، ألا وهو قطاع النقل البحري ^(٤٦). أضف إلى ذلك أن المشرع لم يكتف بالتأكيد على الطابع الأمر لقواعد هذا القانون لتعلقها بالنظام العام، بل حرص أيضا في بعض المواضع على تعطيل عمل أى قاعدة اسناد تربط العقد بقانون معين، بقطع للنظر عن مصدر هذه القاعدة، وسواء كان مصدرها تشريعا داخليا أجنبيا، أو معاهدة دولية، ولا سيما أن الغرض الاساسي من القانون البحري الجديد هو حماية الشاحنين المصريين ^(٤٧).

وانا على هذين الرأيين الملاحظات الآتية:

أولاً: أن هناك قدرا من الاتفاق بين الرأيين، وذلك بضرورة سريان أحكام معاهدة سندات الشحن، على الرغم من نفاذ القانون

(٤٥) أنظر الدكتور العربي، البحث السابق الإشارة إليه، في ص ٤٦، وما بعدها.

(٤٦) أنظر الدكتور العربي، البحث السابق الإشارة إليه في ص ٤٦ - ٤٨. وأنظر في نفس المعنى، الدكتور هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري ...، المرجع المشار إليه سابقا في ص ٣٣ - ٣٤.

(٤٧) أنظر الدكتور العربي، البحث السابق الإشارة إليه، في ص ٤٩ - ٥٠.

البحرى الجديد فى حالة صدور سند الشحن فى دولة متعاقدة، أو فى حالة اتمام النقل من ميناء تابع لهذه الدولة. أما نطاق الاختلاف بينهما، فينحصر فى الفرض الذى لا يتوافر فيه إحدى هاتين الحالتين، ومع ذلك يضمن الناقل والشاحن سند الشحن نصا يقضى، بحسب بروتوكول عام ١٩٦٨، بتطبيق أحكام للمعاهدة. فبينما يذهب الرأى الأول إلى أنه يتعين أيضا تطبيق المعاهدة بقوتها الذاتية كما هو الحال تماما عند صدور سند الشحن فى دولة متعاقدة أو حالة اتمام النقل من ميناء تابع لهذه الدولة، ودون حاجة لإعمال قواعد الاسناد. أما الرأى الثانى، فقد لجأ إلى فكرة الدور الوقائى للنظام العام من أجل ضم القانون البحرى الجديد، فى نقه الخاص بالنقل البحرى للبضائع، إلى طائفة القوانين ذات التطبيق المباشر، توصلا إلى التضييق من تطبيق معاهدة سندات الشحن، وذلك حماية للشاحنين المصريين، باعتبار أن مصر دولة شاحنين، ومن ثم ارتباط هذه الحماية بالمصالح الاقتصادية العليا للدولة.

والواقع من الأمر أن الرأى الأول، وإن كان يمتاز بالتحليل السليم، إلا أنه مع ذلك يجرّد قواعد القانون البحرى الجديد من أى قيمة قانونية فى مجال النقل الدولى للبضائع، مما يؤدى إلى إجهاض الأفكار الخاصة بحماية الشاحنين والتي كانت محط أنظار المشرع عند وضعه للقانون الجديد.

ولا يمكن بحال من الأحوال إغفال هذه النية التى عبرت عنها
المذكورة الإيضاحية لمشروع القانون البحرى وذلك بإستحداث أحكام
للمسئولية يختلف عن نظام بروكسل، "اقتناعا بأن الأحكام المذكورة
تتفق ومصلحة مصر التى وإن كانت تملك لسطولا تجاريا يرجى له
النمو والتقدم، فإنها لا تزال فى عداد الدول الشاحنة التى تعنيها حماية
الشاحنين قبل المغالبة فى حماية المجهزين" (٤٨).

أما الرأى الثانى، فهو وإن كان قد نجح فى صيانة الحماية التى
أرادها المشرع للشاحنين عن طريق الالتجاء الى فكرة القوانين ذات
التطبيق المباشر وكون القانون البحرى الجديد فى شقه المتعلق بنقل
البضائع فى عداد هذه القوانين، إلا أن هذه الحماية مع ذلك ليست
كاملة، إذ بطلت، وفقا لهذا الرأى الثانى، من نطاق تطبيق الأكثر
الضرورى للقانون البحرى الجديد حالات السريان التلقائى لمعاهدة
بروكسل.

وإذا سلمنا بأن الطبيعة القانونية لقواعد القانون البحرى الجديد
هى أنها من قبيل القوانين ذات التطبيق الضرورى أو المباشر، فلقد
كان من الأوفق القول بسريرتها فى كل الأحوال، سواء فى حالات
السريان الاتفاقى أو حالات السريان التلقائى لمعاهدة بروكسل؛ إذ من
الصعب قبول تجزئة الطبيعة القانونية لنفس قواعد القانون، والقول

(٤٨) أنظر المذكورة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة البحرية، فقرة ١٥٧.

بأنها ذات تطبيق ضرورى فى أحوال معينة، وتعطيل هذا الأثر فى أحوال أخرى.

ومع هذا فنحن نعود وننتفك مع الاتجاه الفقهى لثانى من أنه يجب تعطيل الأثر الضرورى والمباشر للقانون البحرى الجديد فى حالات السريان التلقائى لمعاهدة بروكسل، أى حالة النقل بين مينائين فى دولتين مختلفتين وذلك عند صدور سند الشحن فى دولة طرف متعاقد، أو عند وقوع نقطة القيام فى ميناء دولة طرف فى المعاهدة، وذلك على أساس أنه لا يجوز افتراض انصراف نية المشرع الوطنى الى مخالفة التزاماته الدولية إلا إذا أعلن عن ذلك صراحة؛ أى أن هذه الحالات هى حالات خاصة رُئى تركها للتنظيم الذى تقيمه معاهدة سندات الشحن^(٤٩). وهنا نلمح تنازل المشرع المصرى عن بعض أفكاره الخاصة وذلك لصالح المعاهدات الدولية، حتى ولو كان هذا على حساب المصالح الوطنية.

ثانياً: أما الملاحظة الثانية على هذين الرأىين، فهى أن نطاق الخلاف بينهما مرحلى أو مؤقت. ذلك أن قواعد هامبورج أصبحت نافذة على المستوى الدولى بعد تصديق زامبيا، وهى الدولة العشرون، على اتفاقية الأمم المتحدة فى السابع من أكتوبر سنة ١٩٩١، وطبقاً للمادة الثلاثين من الاتفاقية، فإنه يبدأ نفاذها فى اليوم الأول من الشهر التالى لإنقضاء سنة واحدة على تاريخ إيداع الوثيقة العشرين من

(٤٩) أنظر الدكتور المربى، البحث المشار اليه سابقاً بعنوان، نقل البضائع بحراً ... ، فى ص ٣٧، وأيضاً فى ص ٣٩.

وثائق التصديق. ومن ثم، فإن اتفاقية هامبورج أصبحت نافذة على المستوى الدولي بفوات سنة على إيداع هذه الوثيقة.

وتتضمن المادة ١/٣١ من اتفاقية الأمم المتحدة بوجوب قيام كل دولة متعاقدة بمجرد صيرورتها طرفاً فيها بإخطار الحكومة البلجيكية بنيتها في الانسحاب من معاهدة سندات الشحن، وذلك اعتباراً من التاريخ الذي يبدأ فيه نفاذ قواعد هامبورج على الدولة المتعاقدة (٥٠).

ومع ذلك فقد رخصت المادة ٤/٣١ من اتفاقية الأمم المتحدة لأى دولة متعاقدة إرجاء انسحابها من معاهدة سندات الشحن لعام ١٩٢٤، وبروتوكولها المعدل لعام ١٩٦٨ لفترة اقصاها خمس سنوات اعتباراً من بدء نفاذ هذه الاتفاقية.

(٥٠) والطريف في الأمر أنه قد صدر قرار من وزير الخارجية المصري بنفاذ قواعد هامبورج في نفس اليوم الذي ينفذ فيه قانون التجارة البحرية الجديد. أنظر قرار وزير الخارجية رقم (٣٥) لسنة ١٩٩١، منشور في الجريدة الرسمية - العدد ١٥ في ١١ أبريل سنة ١٩٩١، في ص ٧٠١، حيث نص هذا القرار المؤلف من مادة وحيدة على نشر اتفاقية الأمم المتحدة في الجريدة الرسمية، وعلى العمل بها اعتباراً من ١١/٣/١٩٩٠. ولقد ذهب البعض إلى القول بأنه على الرغم من عدم نفاذ قواعد هامبورج على المستوى الدولي في ذلك التاريخ إلا أن قرار وزير الخارجية يعني أن هذه القواعد أصبحت جزءاً من النظام القانوني المصري ابتداءً من هذا التاريخ، ويجب على القاضى تطبيق أحكامها لا بوصفها قواعد دولية، وإنما بوصفها جزءاً من القانون المصري. أنظر الدكتور هانى دويدر، الوجيز في القانون البحرى المشار إليه سابقاً، في ص ٣٢. والواقع أن قرار وزير الخارجية يشير للتساؤل عن قيمته الحقيقية، فهل يملك هذا الوزير السلطة لائزلم القضاء بهذه القواعد واعتبارها جزءاً من النظام الداخلى؟ وهل يملك الوزير إصدار قرار بالعمل بهذه القواعد قبل نفاذها على المستوى الدولي وهو ما يتعارض مع نص المادة ١/٢٠ من الاتفاقية ذاتها؟ ثم ألا يتعارض ذلك مع نية المشرع المصرى في نفاذ التشريع البحرى الجديد ليحكم النظام البحرى الداخلى؟

ولما كانت مصر قد صدقت على اتفاقية الأمم المتحدة في ١٠/٣/١٩٧٩، فإن نفاذها في مصر يكون في نفس تاريخ نفاذ الاتفاقية ذاتها على المستوى الدولي، أي ابتداء من نوفمبر سنة ١٩٩٢. وليس من المستبعد أن يصدر قرار بإرجاء انسحاب مصر من معاهدة سندات الشحن، وذلك كفترة انتقالية، تنطبق بعدها قواعد هامبورج على عقود النقل البحري للبضائع^(٥١). وعلى أي الأحوال، لا يمكن أن تتجاوز هذه الفترة الانتقالية، التي قد يقرر العمل فيها بمعاهدة بروكسل لمدة تزيد على خمس سنوات، وبالتالي ففي كل الأحوال، فإنه لا يمكن مطلفاً بعد نوفمبر سنة ١٩٩٧ تطبيق قواعد معاهدة سندات الشحن في مصر مطلقاً وذلك إذا افترضنا صدور قرار بمد العمل بها، من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن قواعد هامبورج تسري في كل الأحوال، حتى أثناء هذه للفترة الانتقالية التي لا يمكن أن تتجاوز خمس سنوات، في علاقة مصر بالدول المتعاقدة الأخرى الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة، ذلك أن قواعد هامبورج تنفذ على

(٥١) والواقع أنه لم يصدر - حتى وقت إعداد هذا البحث - أي وثيقة أو قرار رسمي بإعلان النية في إرجاء الانسحاب من معاهدة بروكسل وبروتوكولها المعدل، وذلك استعمالا للترخصة التي قررتها المادة ٣١/٤ من اتفاقية هامبورج. إلا أننا استطينا الحصول على خطاب صلب من وزارة النقل البحري - بالاسكندرية (قسم إدارة المعاهدات) يتضمن التوصية بمد العمل بالمعاهدة المذكورة، وجاء في هذا الخطاب أنه "نظرا لما حققه الاستمرار في اتفاقية بروكسل في الوقت الحالي من مصالح، فقد أخطرنا وزارة الخارجية لإبلاغ حكومة بلجيكا بوصفها الوكيل لاتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع لسنة ١٩٧٨ بنية مصر في استعمال الترخصة المقررة لها بالمادة ٣١/٤ المشار إليها ولمدة خمس سنوات". أنظر خطاب وزارة النقل البحري - بالاسكندرية - إدارة المعاهدات، رقم القيد ٢٣٥٧/هـ/٣/٥ بتاريخ ٢٩/١٢/١٩٩٢.

المستوى الدولي بين الدول المتعاقدة دون السماح بأى فترة انتقالية تسرى فيها أى قواعد أخرى على خلاف قواعد هامبورج.

ومن ثمَّ فإن مستقبل النقل البحرى للبضائع، فى مصر، سيكون محكوماً بطريقة استثنائية بقواعد هامبورج من ناحية، وبقواعد قانون التجارة البحرى من ناحية أخرى، كل فى نطاق تطبيقه.

ومع هذا يثور التساؤل، كما سبق وذكرنا، عن مدى ما تحقّقه كل من قواعد القانون البحرى المصرى وقواعد هامبورج من حماية فعالة للشاحنين؟ وهل فعلاً هناك تطابق بين قواعد القانون البحرى المصرى وقواعد هامبورج فى مقدار وقوة هذه الحماية، أم أن القواعد الأولى تتفوق على القواعد الأخيرة فى هذا المجال؟ هذا ما سنحاول إبرازه فى المبحث الأول من هذه الدراسة.

المبحث الأول تفوق القانون البحرى المصرى على قواعد هامبورج فى حماية الشاحنين

تمهيد وتقسيم:

اتسم قانون التجارة البحرى، فى شقه الخاص بنقل البضائع، سواء فى روحه العامة أو نصوصه الموضوعية والإجرائية، بانحيازه الى صف الشاحنين. وجاءت معظم نصوص هذا القانون مستوحاة من قواعد هامبورج، بحيث أضحت حماية الشاحنين هى القاسم المشترك بينهما.

وهناك مظاهر عديدة لحماية الشاحنين تكاد نلمح من خلالها مدى تطابق كل من قواعد القانون البحرى المصرى وقواعد هامبورج فى هذا الخصوص. من ذلك مثلاً إلغاء الدفع بعدم قبول دعوى المسؤولية فى حالتى الهلاك والتلف عند تخلف الشاحن، أو صاحب الحق فى تسلم البضاعة، عن القيام بإخطار الناقل فى المواعيد المحددة. ومن ذلك أيضاً النص على عدم استفادة الناقل من أحكام المسؤولية المحدودة عند ارتكابه أو ارتكاب تابعيه للخطأ الإرادى. وأيضاً الحماية الاجرائية للشاحنين عند رفع الدعاوى على الناقل بإبطال أى اتفاق سابق على نشأة المنازعة يحرمهم من حق اختيار المحكمة التى يجوز إقامة الدعوى أمامها.

وعلى الرغم من التأثير الواضح من جانب مشرعنا بقواعد هامبورج، إلا أنه، وهو يأخذ عنها، قد رأى فى بعض المواضع ضرورة إضفاء حماية

أوسع من تلك التى قررتها الاتفاقية الدولية. ومن ثم برزت بعض مظاهر لتفوق القانون البحرى المصرى على قواعد هامبورج سواء فى مجال الحماية الموضوعية أو الإجرائية للشاحنين. وسوف نتناول مظاهر هذا التفوق بالتحليل، على أننا نود أن نؤكد مرة أخرى أننا لا نعتقد مقارنة معينة بين القانون البحرى الجديد وقواعد هامبورج، وإنما نبرز أوجه الاختلاف بينهما فى بعض النقاط الأساسية التى تؤكد هذا التفوق فى جانب القانون المصرى، وذلك فى مطلبين:

المطلب الأول : مظاهر تفوق القانون البحرى المصرى على قواعد هامبورج فى الحماية الموضوعية للشاحنين.

المطلب الثانى: مظاهر تفوق القانون البحرى المصرى على قواعد هامبورج فى الحماية الإجرائية للشاحنين.

المطلب الأول

مظاهر تفوق القانون البحرى المصرى على قواعد هامبورج
فى الحماية الموضوعية للشاحنين

أولاً: أساس مسئولية الناقل البحرى للبضائع

تقيم اتفاقية هامبورج مسئولية الناقل البحرى عن هلاك البضائع أو تلفها
أو عن التأخير فى وصولها على أساس قرينة الخطأ أو الإهمال
المفترض^(٥٢)، وفى ذلك تنص المادة الخامسة من اتفاقية هامبورج على أن "١ -
يسأل الناقل عن الخسارة الناتجة عن هلاك البضائع أو تلفها، وكذلك
الناتجة عن التأخير فى التسليم، إذا وقع الحادث الذى تسبب فى الهلاك أو
التلف أو التأخير أثناء وجود البضائع فى عهده على الوجه المبين فى المادة
٤، ما لم يثبت الناقل أنه قد اتخذ هو أو مستخدموه أو وكلاؤه جميع ما كان
من المعقول تطلب اتخاذه من تدابير لتجنب الحادث وتبعاته"^(٥٣).

(٥٢) أنظر فى موضوع مسئولية الناقل البحرى وقا لاتفاقية هامبورج:

René Rodière, La responsabilité du transporteur maritime suivant les Règles de
Hambourg 1978, Droit Maritime Français, no. 356 (Anne 30) 1968, PP 451-
464.

وبصفة خاصة فى ص ص ٤٥٧ - ٤٥٨.

وأنظر كذلك فى أساس مسئولية الناقل فى مشروع الاتفاقية،

P. Latron, Va-t-on Vers une responsabilité nouvelle du transporteur maritime
de marchandises? Droit Maritime Français, no 327 (Anne 28) 1976, pp 131-
141.

وبصفة خاصة فى ص ١٣٥.

وفى الفقه المصرى، أنظر الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى، المرجع
المشار إليه سابقاً، فى ص ص ٣٥ - ٣٦.

(٥٣) أنظر المادة الخامسة، اتفاقية هامبورج، الجريدة الرسمية، العدد ٧٥، المشار إليه
سابقاً فى ص ١٣١٩.

ومعنى ذلك أن الناقل البحرى وفقاً لقواعد هامبورج يعتبر مسئولاً عن الهلاك أو التلف أو التأخير عندما يخفق فى تقديم الدليل على أنه هو أو تابعوه أو وكلاؤه قد قاموا بكل الإجراءات والتدابير المعقولة لتجنب وقوع الحادث والأضرار الناجمة عنه^(٥٤). ومن ثم يفترض الخطأ فى جانب الناقل عند حصول الأضرار بالبضاعة وهى فى حراسته. ومع هذا خولت الاتفاقية للناقل التخلص من المسؤولية بنفى قرينة الخطأ إذا أقام الدليل على اتخاذ الإجراءات المعقولة فى مواجهة الأسباب التى أدت الى حدوث الأضرار. أما إذا فشل الناقل فى إقامة هذا الدليل انعقدت مسؤوليته^(٥٥).

ولا شك أن اتفاقية هامبورج قد حققت تقنماً ملموساً على معاهدة بروكسل فى هذه النقطة^(٥٦)، ذلك أن معاهدة بروكسل كانت تنص على حالات عديدة لإعفاء الناقل من المسؤولية، هذه الحالات كانت تؤدى فى مناسبات كثيرة الى تخلص الناقل من المسؤولية^(٥٧). أما اتفاقية هامبورج،

(٥٤) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار اليه سابقاً فى ص ١٠٩؛ الدكتور سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحرى، المرجع المشار اليه سابقاً فى ص ٣٥.

(٥٥) أنظر فى هذا المعنى الدكتور سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحرى، المرجع المشار اليه سابقاً فى ص ٣٦.

(٥٦) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار اليه سابقاً فى ص ١٠٩.

(٥٧) أنظر فى معنى مقارب، الدكتور سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحرى، المرجع المشار اليه سابقاً فى ص ١٢. أيضاً أنظر المنكرة الايضاحية لمشروع قانون للتجارة البحرى، فقرة ١٥٧.

فلقد ألغت بصفة عامة لوجه الإعفاء الخاصة بالخطأ فى الملاحة وكذلك الخطأ فى إدارة السفينة، وأقامت المسؤولية على فكرة الخطأ المفترض (٥٨).

والحقيقة أنه ولو أن قواعد هامبورج كانت تقصد تشديد أساس مسؤولية الناقل البحرى لمصالح الشاحنين وإفترض الخطأ فى جانبه وإلغاء أحوال الإعفاء العديدة من المسؤولية التى كانت موجودة فى معاهدة سندات الشحن، إلا أن المادة الخامسة من اتفاقية هامبورج قد أتاحت للناقل أسلوباً عاماً مرناً يمكن بمقتضاه التخلص من المسؤولية، ألا وهو اتخاذه هو أو تابعوه التدابير المعقولة لتفادى الحادث ونتائجه. هذا الأسلوب فى نفي قرينة الخطأ يبدو لنا أخطر ولوسح من مجرد التعداد للكثير لحالات الإعفاء من المسؤولية التى كانت تنص عليها معاهدة سندات الشحن، لأن الناقل فى ظل هذه المعاهدة الأخيرة كان مقيداً بإبراز أسباب أو حالات معينة لإعفائه من المسؤولية. أما طبقاً لاتفاقية هامبورج فإن الناقل لا يلتزم بإقامة الدليل على اتخاذ الإجراءات الضرورية اللازمة لمنع الضرر، وإنما يكتفى لإزاحة قرينة الخطأ بإثباته اتخاذ التدابير، المعقولة، وهو أمر ليس من الصعوبة بمكان، إذ يكفى إظهار أنه قد بذل غاية جهده فى عدم حصول الأضرار (٥٩). ولذلك فإننا من هذه الزاوية نتفق مع أحد المعلقين من أن "الشاحنين لم يكسبوا من نصوص معاهدة هامبورج، بشأن مسؤولية الناقل، إلا إلغاء الحالة

(٥٨) انظر المستحدث فى أحكام اتفاقية هامبورج، ورقة بحثية مقدمة الى مؤتمر القاهرة - الاسكندرية عن التحكيم (أكتوبر ١٩٩٢) تحت مظلة مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى، بانسونى الديب، فى ص ٤.
(٥٩) انظر فى معنى مقارب، الدكتور أحمد حسنى، عقد لنقل البحرى ...، المرجع للمشار إليه سابقاً فى ص ص ١٨١ - ١٨٢.

المستثناء الخاصة بالخطأ في الملاحة وفي إدارة السفينة^(٦٠) ولعل الحماية المرجوة للشاحنين كان يمكن أن تتحقق فيما لو كانت اتفاقية هامبورج قد جعلت الناقل مسؤولاً ما لم يثبت أن الضرر الذي لحق بالبضائع قد نتج عن فعل أو حادث لا يرجع إليه أو إلى تابعيه^(٦١).

ولقد كان مشروع قانون التجارة البحرية يأخذ أخذاً حرفياً بأساس المسؤولية كما ورد في اتفاقية هامبورج.

فلقد كانت المادة ١/٢٢٩ من المشروع تقضى بأن:

١٠ - يعفى الناقل من المسؤولية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ إذا أثبت أنه قام هو ومن ينوب عنه وتابعوه باتخاذ التدابير المعقولة لمنع وقوع الضرر أو أنه لم يكن في استطاعتهم اتخاذ هذه التدابير^(٦٢).

ومن ثم فإنه في كنف مشروع القانون كانت المسؤولية تؤسس على الإخلال بالالتزام ببذل عناية أو وسيلة، بحيث كان يمكن للناقل درء مسؤوليته إذا توصل إلى إثبات أنه وتابعوه قد اتخذوا كل الاحتياطات والتدابير اللازمة لمنع الهلاك أو التلف لتوصيل البضاعة سالمة في الميعاد^(٦٣). ولما كان الالتزام ببذل عناية هو في صالح الناقل لأنه أخف من الالتزام بتحقيق نتيجة، فلقد حاول المشروع أن يشدد على الناقل في عبء الإثبات حماية للشاحنين، وذلك

(٦٠) أنظر الدكتور أحمد حسني، عقد النقل البحري، المرجع السابق في ص ١٨٣.

(٦١) أنظر الدكتور أحمد حسني، المرجع السابق، في ص ١٨٣.

(٦٢) أنظر في شرح نص المادة ١/٢٢٩ من مشروع القانون، للمذكرة الإيضاحية للمشروع، فقرة ١٥٩.

(٦٣) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة البحرية، فقرة ١٥٩.

بافتراض الخطأ أو الإهمال في جانب الناقل، بحيث يكون على هذا الأخير، إن أراد نفي مسؤوليته اثبات اتخاذ إجراءات الحيلة اللازمة لمنع وقوع الضرر.

على أن واضعى قانون التجارة البحرية أدركوا أن أساس المسؤولية، كما ورد بمشروع القانون والمأخوذ عن قواعد هامبورج، لا يفي بالحماية المرجوة للشاحنين، ولذا ظهر النص الخاص بالمسؤولية في القانون نفسه مغايراً لمصورته التى وردت بالمشروع. فلقد نصت للمادة ٢٢٧ فقرة (١) من القانون على أن "يضمن الناقل هلاك البضائع وتلفها إذا حدث الهلاك أو التلف فى المدة بين تسلم الناقل البضائع فى ميناء الشحن، وبين قيامه فى ميناء التفريغ بتسليمها الى صاحب الحق فى تسلمها، أو ايداعها طبقاً للمادة السابقة".

ومن ثم فإن مسؤولية الناقل البحرى هى مسؤولية عقدية مبناها عقد النقل المبرم بين الناقل والشاحن. ويكون للناقل مخلاً بالتزاماته الناشئة عن عقد النقل البحرى متى هلكت البضاعة هلكاً كلياً أو هلكاً جزئياً أو وصلت تالفة. فالتزام الناقل بتوصيل البضاعة سالمة وبحالتها إلى ميناء التفريغ هو للترام بتحقيق نتيجة، بمعنى أنه يمكن أن تثور مسؤوليته بمجرد حصول هلاك للبضاعة أو وصولها تالفة (٦٤).

(٦٤) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقاً فى ص ١٠٧ - أنظر أيضاً الدكتور أحمد حسنى، عقد النقل البحرى ...، المرجع المشار إليه سابقاً فى ص ١٨٣. وراجع مؤلفنا، دروس فى القانون البحرى المصرى الجديد، المشار إليه سابقاً فى ص ٢٦٥.

وعليه، فإنه طبقا لقانون التجارة البحرية الجديد فإن خطأ الناقل ليس مفترضا، بل هو خطأ حقيقى. ذلك أن الخطأ العقدى الذى يقع من الناقل هو عدم تحقيق النتيجة بتوصيل البضاعة سليمة وكاملة أو بالحالة التى كانت عليها وقت شحنها^(٦٥)، وعبرة "بضمين الناقل" والوارد فى نص المادة ٢٢٧ بحرى تنصرف إلى تأكيد التزام الناقل بتحقيق هذه النتيجة المنشودة، وأن عدم تحقيقها يمثل للخطأ الذى يقع منه .

ويكون على الشاحن إثبات حصول هلاك البضاعة أو التأخير فى التسليم. وهذا الإثبات سهل فى حالات الهلاك الكلى أو الجزئى أو التلف أو التأخير، طالما أن سند الشحن كان يتضمن مقدار وحجم البضاعة وحالتها والميعاد الذى يجب توصيلها فيه. ومجرد حدوث الهلاك أو التلف أو التأخير يودى إلى القول بأن الشاحن قد أثبت خطأ الناقل^(٦٦). فالشاحن ليس ملزما بتقديم الأسباب التى أدت إلى حدوث هذا الهلاك أو التلف أو التأخير فى وصول البضاعة. فعدم توصيل البضاعة سالمة فى موعدها هو الخطأ الذى ينسب إلى الناقل فى دعوى المسؤولية، حيث أن التزامه هو التزام بتحقيق نتيجة، ولا يهم بعدئذ البحث عن الأسباب التى أدت إلى إخلاله بهذا الالتزام، كعدم

(٦٥) أنظر فى معنى قريب، للدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٦٤ - ٦٥. وراجع كتابنا، دروس فى القانون البحرى المصرى الجديد فى ص ٢٦٦. وأنظر فى تحديد مفهوم الخطأ الذى ينسب إلى الناقل بصفة عامة، للدكتور هانى دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية (١٩٩١)، فى ص ٦٦ - ٦٧. ومع ذلك فإن، للدكتور فايز نعيم رضوان، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٣٥٨.

(٦٦) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع السابق الإشارة إليه فى ص ١٠٧. وفى هذا المعنى أيضا راجع الدكتور أحمد حسنى، عقد النقل البحرى ...، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٨٣ - ١٨٤.

صلاحية السفينة أو إهمال الربان في صيانة أو حفظ البضاعة أثناء الرحلة
أو غيرها من الأسباب (٦٧).

ونود هنا أن نؤكد على أن مسؤولية الناقل عن التأخير في وصول
البضاعة في القانون المصري مبناها الإخلال بالإلتزام بتحقيق نتيجة، وهي
توصيل البضاعة في الموعد المتفق عليه، أو في الميعاد الذي يتعين على
الناقل العادى في الظروف المماثلة إذا لم يكن هناك موعد سابق متفق عليه.
فالمسؤولية عن التأخير في القانون الجديد لا تؤسس - كما زعم البعض -
على فكرة الخطأ المفترض وامكان نفيها إذا أثبت الناقل أنه قام هو وتابعوه
باتخاذ التدابير المعقولة لمنع التأخير أو أنه لم يكن في استطاعتهم اتخاذ هذه
التدابير (٦٨).

ونحن نتفق مع رأى الذى يذهب إلى أن مسؤولية الناقل عن التأخير
أساسها الإخلال بالإلتزام بتحقيق نتيجة حتى في حالة عدم وجود تحديد ميعاد
معين للتسليم، ذلك أن القانون قد أوجب للتسليم خلال مدة معقولة، أى في
الموعد الذى يتوجب فيه على الناقل العادى القيام بذلك طالما وجد في ظروف

(٦٧) ومن ثم فإن طبيعة مسؤولية الناقل البحرى للبضائع في قانون التجارة البحرية
الجديد لا تختلف عن مثلتها في القانون البحرى المصرى (الملغى). أنظر في طبيعة
مسؤولية الناقل في القانون البحرى (الملغى): الدكتور مصطفى طه، القانون البحرى،
المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ٢٧٦٦؛ الدكتور البارودى، مبادئ القانون البحرى،
المرجع المشار إليه سابقاً في ص ١٧٥، للدكتورة سميحة القليوبى، القانون البحرى،
المرجع المشار إليه سابقاً في ص ٢٦٣.

(٦٨) أنظر في رأى القائل بتأسيس المسؤولية عن التأخير على فكرة الخطأ المفترض،
الدكتور محمد بهجت فايد، مسؤولية الناقل البحرى ...، المرجع المشار إليه سابقاً في
ص ٦٤.

مماثلة، "ولا يعنى ذلك أن التزام الناقل البحرى بالتسليم فى الميعاد ينقلب من التزام بتحقيق نتيجة الى التزام ببذل عناية فى القانون المصرى ..."^(٦٩).

لا شك أن مشرعا للمصرى كان أكثر حرصا على حماية الشاحنين وذلك بجعله مسئولية الناقل البحرية مؤسسة على الالتزام بتحقيق نتيجة، وحذف النص الذى كان واردا فى مشروع القانون والمنقول نقلا حرفيا عن قواعد هامبورج.

ثانيا - دفع مسئولية الناقل البحرى

(أ) السبب العام للإعفاء من المسئولية:

سبق وأن أوضحنا أن أساس مسئولية الناقل البحرى فى اتفاقية هامبورج يختلف عن أساسها فى القانون البحرى المصرى الجديد. ولا شك أن اختلاف أساس المسئولية ينعكس على طرق دفعها. فطرق دفع المسئولية فى القانون المصرى تختلف عن مثيلاتها فى قواعد هامبورج.

فمسئولية الناقل البحرى وفقا لاتفاقية هامبورج تقوم على أساس الخطأ المفترض فى جانب الناقل البحرى. وفى مقابل افتراض الخطأ فى جانب الناقل، فلقد جعلت الاتفاقية التزام الناقل بالتزاما ببذل عناية، بحيث يجوز له نفي قرينة الخطأ إن هو استطاع اثبات بذله للعناية المعقولة للمحافظة على

(٦٩) انظر الدكتور هانى محمد دويدار، الوجيز فى القانون البحرى ...، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١١٤.

البضاعة (٧٠). والمادة الخامسة، فقرة أولى من قواعد هامبورج واضحة في هذا الخصوص حيث رخصت للنقل للتصل من المسؤولية في كل الأحوال (هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخير في التسليم) إن هو استطاع اثبات أنه قد اتخذ هو أو مستخدموه أو وكلاؤه جميع ما كان من المعقول تطلب اتخاذه من تدابير لتجنب الحادث أو تبعاته". والواقع أن هذه الفقرة من قواعد هامبورج مقتبسة من المادة العشرين من اتفاقية وارسو لسنة ١٩٢٩ والخاصة بتوحيد بعض قواعد مسؤولية الناقل الجوي والتي تقضى بأن "لا يكون الناقل مسؤولا إذا اثبت أنه هو وتابعوه قد اتخذوا كل التدابير للضرورة لتوقي الضرر أو كان يستحيل عليهم اتخاذها" (٧١).

وإذا كان الخلاف قد ثار في ظل اتفاقية وارسو حول المقصود بالتدابير (الضرورية) للزام اتخاذها من جانب الناقل الجوي أو تابعيه لتوقي الضرر، فإن هذا الخلاف ليس له محل في ظل قواعد هامبورج. فلقد اختلف للرأى عند تفسير مفهوم (التدابير الضرورية) التى يلتزم بها الناقل الجوي للتخلص من المسؤولية (٧٢)، فذهب رأى الى ضرورة الالتزام بالنص الحرفى

(٧٠) انظر مقال الاستاذ Rodière، بعنوان La responsabilité du Transporteur

Maritime ، والمشار إليها سابقا في ص ٤٥٧. وانظر أيضا:

Paul Chauveau, Rétrospective d'actualités, Droit Maritime Français, no. 338 (29 Année 1977), PP. 67 - 73.

وبصفة خاصة في ص ٧٢.

(٧١) انظر في الشرح والتعليق على المادة العشرين من اتفاقية وارسو الخاصة بتوحيد بعض مسائل مسؤولية الناقل الجوي لعام ١٩٢٩، الدكتور رفعت فخرى، الوجيز في القانون الجوي (الكتاب الثاني) ١٩٨٨، في ص ١٥١ وما بعدها. وانظر أيضا، الدكتور محمد فريد العرينى، القانون لجوى (١٩٩٣)، في ص ١٣٠، وما بعدها.

(٧٢) انظر في عرض هذا الخلاف، الدكتور العرينى، القانون الجوي، المرجع السابق، في ص ص ١٣١ - ١٣٧.

لاتفاقية وارسو وتطلب قيام الناقل بإثبات اتخاذ كل التدابير الممكن اتخاذها لتوقي الضرر؛ فلا يعفى الناقل الجوى من المسؤولية إذا ثبت أن هناك احتياطات أو إجراءات كان من شأنها منع حصول الضرر، ولم يتخذها الناقل الجوى أو تابعوه.

ومع ذلك يذهب رأى الرأى للراجع فى الفقه إلى أن المقصود بالتدابير التى يتعين على الناقل اتخاذها هى فقط للتدابير المعقولة، لأن الأخذ بالرأى الأول يقضى الى إمكانية تشغل مسؤولية الناقل الجوى فى كل الأحوال، على أساس أن حصول الضرر هو فى ذاته دليل عدم قيام الناقل بكل الاحتياطات الضرورية لمنع، مما يستتبع أن يفقد النص الخاص بإعفاء الناقل بناء على اتخاذ التدابير الضرورية كل قيمة، حيث لن يتمكن من الوصول إلى الإعفاء إلا إذا أثبت استحالة اتخاذ هذه التدابير (٧٣).

ولقد توافقت اتفاقية هامبورج الخلاف الذى نشب بصدد تفسير عبارات اتفاقية وارسو. فلقد كانت المادة ١/٥ من قواعد هامبورج واضحة فى وصف التدابير التى يتعين على الناقل اتخاذها لتجنب الحادث وتبعاته، بأنها تلك التدابير (المعقولة)، أى "التي يمكن طلبها من الناقل المعتاد فى الظروف المماثلة، لمنع وقوع الحادث الذى نشأ عنه الضرر" (٧٤)؛ أو أنها

(٧٣) أنظر الدكتور رفعت فخرى، الوجيز فى القانون الجوى، المشار إليه سابقاً فى ص ١٥٢.

(٧٤) أنظر الدكتور هاتى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقاً فى ص ١٣.

"التدابير المعقولة والمعتادة، دون التدابير الاستثنائية أو غير المألوفة، التي يتخذها ناقل حريص، يقط في نفس ظروف الرحلة" (٧٥).

ولكن يثور التساؤل عما إذا كان الناقل يلتزم بإثبات أنه هو وتابعوه قد بذلوا العناية المعقولة في تنفيذ عقد النقل لتوقي وقوع الضرر بصفة عامة، أم أنه يجب قيام الناقل، للتخلص من المسؤولية، بإثبات أنه هو وتابعوه قد اتخذوا التدابير المعقولة لتوقي الضرر الذي وقع بالذات؟

في الواقع يوجد رأيان في هذه المسألة. فقد يقال أنه يكفي قيام الناقل باتخاذ التدابير المعقولة التي عادة ما يتخذها الناقل الحريص في نفس الظروف وذلك لمنع وقوع الأضرار، وقد يقال بأنه لا يكفي لتخلص الناقل من المسؤولية أن يبرز اتخاذه للتدابير المعقولة لتوقي الأضرار بصفة عامة، وإنما يتعين عليه أن يقدم للدليل على اتخاذه جميع الإجراءات لتفادي الحادث الذي وقع بالذات وما نشأ عنه من أضرار للبضاعة. ويظهر أثر الخلاف بين الرأيين فيما إذا كان السبب الذي أدى إلى الحادث مجهولاً. فطبقاً للرأي الأول يمكن للناقل التخلص من المسؤولية لأنه اتخذ الإجراءات المعقولة اللازمة لمنع الأضرار حتى ولو كان السبب الذي نشأ عنه الضرر مجهولاً. أما طبقاً للرأي الثاني، فإن الناقل يكون مسئولاً عن الحادث، حتى ولو كان سببه

(٧٥) انظر الدكتور رفعت فخرى، الوجيز في القانون الجوي، المشار إليه سابقاً، في ص ١٥٢.

مجهولا، طالما أنه لن يستطیع اثبات أن السبب الذى أدى إلى وقوع الحادث لا يرجع إلى عدم اتخاذ الإجراءات المعقولة لمنع حصوله (٧٦).

ويذهب الفقه الراجع إلى تغليب الرأى الأول بصدد تطبيق اتفاقية وارسو بشأن النقل الجوى، ومن ثم فإن نص المادة ١/٢٠ من هذه الاتفاقية يعنى أن النقل عليه اتخاذ التدابير المعقولة لمنع الضرر بوجه عام، وخاصة أن النص نفسه لم يتطلب إثبات سبب الضرر، حيث يقضى فقط باتخاذ التدابير الضرورية (لتوقى الضرر).

أضف إلى ذلك أنه بعد حصول الضرر فإنه من "العسير الاعتراف فى هذه الحالة، أيا كانت التدابير التى كان الناقل قد اتخذها، بأن الناقل قد اتخذ التدابير الضرورية لتوقى ذلك الضرر، مما يترتب عليه انشغال مسؤولية الناقل فى معظم الأحوال إن لم يكن كلها ... ويصبح وقوع الضرر دليلا بذاته على تقصير الناقل فى اتخاذ التدابير الضرورية لتوقيه، مما يجعل من نص المادة ١/٢٠ لغوا لا طائل منه" (٧٧).

ولقد كان مشروع قانون التجارة البحرى المصرى يأخذ بنص مماثل للنص الوارد فى اتفاقية وارسو، حيث كانت المادة ١/٢٢٩ من المشروع تقضى بإعفاء الناقل وتابعيه من المسؤولية إذا تم "إتخاذ التدابير المعقولة لمنع

(٧٦) أنظر فى عرض هذه المسألة، الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع السابق المشار إليه سابقا، فى ص ص ١٣٢ - ١٣٣.

(٧٧) أنظر الدكتور رفعت فخرى، الوجيز فى القانون الجوى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٥٥.

وقوع الضرر أو أنه لم يكن في استطاعتهم اتخاذ هذه التدابير". ومن ثم يمكن القول، بحسب الرأي للراجع، أنه يمكن للناقل التخلص من المسؤولية لو اتخذ الاجراءات المعقولة لمنع وقوع الأضرار دون أن يطلب منه إقامة الدليل على اتخاذ الاجراءات المعقولة في مواجهة الحادث الواقع بعينه.

أما اتفاقية هامبورج، فلقد ظهر النص فيها مختلفا عن الصيغة التي كتبت بها اتفاقية وارسو. فنص المادة الخامسة تتكلم عن اتخاذ الناقل وتابعيه التدابير المعقولة لتجنب (الحادث) الذي أدى إلى حصول الأضرار بالبضاعة. وعلى هذا فلا يكتفى أن يثبت الناقل أنه قد اتخذ بصفة عامة كل الاحتياطات المعقولة لتوقي حصول الأضرار، بل عليه أيضا - طبقا لاتفاقية هامبورج - أن يثبت أنه قد اتخذ كل الاجراءات المعقولة لمنع وقوع ذات الحادث الذي نجم عنه الضرر بالبضاعة. وبعبارة أخرى، فالاتفاقية تلزم الناقل باتخاذ التدابير المعقولة التي كان من شأنها منع حصول الضرر على النحو الذي تحقق به. ويستتبع ذلك أن الناقل البحري - وفقا لقواعد هامبورج - يتحمل تبعه هلاك البضائع إذا كان سبب الحادث مجهولا. وفي هذا الحكم حماية أفضل للمشاحنين (٧٨).

على أن اتفاقية هامبورج لم تذكر استحالة اتخاذ التدابير اللازمة كطريق يمكن الناقل من إعفائه من المسؤولية (٧٩)؛ فهل يعنى ذلك أن الناقل

(٧٨) انظر الدكتور هاني دويدار، لوجيز في القانون البحري، المرجع المشار إليه سابقا في ص ١٣٣.

(٧٩) انظر الدكتور هاني دويدار، لوجيز في القانون البحري، المرجع السابق في ص ١٣٤. ومع ذلك فإن الدكتور محمد بهجت قايد، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في اتفاقية هامبورج، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢، في ص ٤٥.

لا يعفى من المسؤولية إلا إذا اتخذ فعلا ايجابيا يتمثل فى مباشرة تدابير معينة فى مواجهة السبب الذى أدى إلى الضرر، وأنه يكون مسئولاً إذا كان موقعه سلبيا بعد اتخاذ أى تدابير؟ فى الواقع إن الإجابة عن هذا التساؤل، فى رأينا، هى بالإيجاب. أى أن الناقل لا يمكنه طلب الإعفاء من المسؤولية إذا استحال عليه اتخاذ الاجراءات المعقولة لتوقى الحادث، إلا فى حالة واحدة هى حالة ما إذا كان السبب الأجنبى هو السبب الوحيد الذى أدى إلى استحالة اتخاذ هذه التدابير. إذ أن توافر السبب الأجنبى من شأنه قطع رابطة السببية بين الضرر والخطأ (٨٠).

أما القانون البحرى المصرى الجديد فلقد تضمن سببا عاما وحيدا، بجانب أحوال خاصة، لإعفاء الناقل من المسؤولية فلقد نصت المادة ٢٢٩ من قانون التجارة البحرى على إعفاء الناقل من المسؤولية إذا اثبت أن هلاك البضاعة أو تلفها كان راجعا إلى سبب أجنبى لا يد للناقل أو لثائبه أو لأحد تابعيه دخل فى حدوثه. فالسبب الأجنبى هو الذى يقطع رابطة السببية فى عناصر المسؤولية التعاقدية المتمثلة فى خطأ الناقل الناشئ عن عدم تحقيقه للنتيجة المنشودة من توصيل البضاعة سالمة فى موعدها المتفق عليه، وبين الضرر الذى يحق بالشاحن من وراء عدم تحقيق هذه النتيجة (٨١). وبناء

(٨٠) أنظر فى معنى مقارب، الدكتور هانى دويدار، لوجيز فى القانون البحرى، المرجع السابق، فى ص ١٣٤.

(٨١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٦٨؛ الدكتور محمد بهجت فايد، مسؤولية الناقل البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٤٨؛ الدكتور هانى دويدار، لوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٢٨ - ١٢٩؛ وأنظر أيضا الدكتور أحمد حسنى، عقد النقل البحرى ...، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٨٣ - ١٨٤.

عليه، فلا يمكن للناقل إعفاء نفسه من المسؤولية إلا إذا استطاع إثبات القوة القاهرة، أو خطأ الشاحن، أو فعل الغير أو العيب الذاتي للبضاعة مثلاً.

ومن هذه الزلوية، فإن قانون التجارة البحرى المصرى كان أكثر حماية للشاحنين من قواعد هامبورج، فلا يعفى الناقل من المسؤولية - طبقاً للقانون المصرى - حتى ولو أثبت أنه هو وتابعه قد اتخذوا جميع الإجراءات للمعقولة أو حتى الضرورية لتوقى الأضرار التى لحقت بالبضاعة أو حتى لتوقى الحادث نفسه الذى تولدت عنه هذه الأضرار (٨٢).

(ب) الأسباب الخاصة للإعزاء من المسؤولية:

نصت اتفاقية هامبورج على حالات خاصة لإعفاء الناقل البحرى من المسؤولية. فلقد أعنت الاتفاقية الناقل البحرى من المسؤولية عن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير فى تسليمها إذا كان ذلك ناتجاً عن التدابير المتخذة لإنقاذ الأرواح أو عن تدابير معقولة لإنقاذ الأموال. كما أعنت الاتفاقية الناقل البحرى من المسؤولية عن الهلاك أو التلف أو التأخير فى حالة نقل الحيوانات الحية، طالما أن الأضرار الحاصلة مرتبطة بالمخاطر الخاصة والتى تلازم هذا النوع من النقل، ولا سيما إذا كان الناقل قد التزم بالتعليمات الخاصة الصادرة من الشاحن طبقاً لظروف الواقع، اللهم إلا إذا توافر الدليل على أن الهلاك أو التلف أو التأخير فى التسليم قد نتج كله أو بعضه عن خطأ أو إهمال من جانب الناقل أو تابعيه أو وكلائه.

(٨٢) أنظر فى معنى مقارب الدكتور هاتى دويدار، الموجيز فى القانون البحرى ...، المرجع المشار إليه سابقاً فى ص ١٢٩. ومع ذلك فإن، الدكتور أحمد حسنى، عقد النقل البحرى، المرجع المشار إليه سابقاً فى ص ١٨٤.

ولقد تأثر واضعو قانون التجارة البحرى المصرى بقواعد هامبورج فيما يخص إعفاء الناقل البحرى من المسؤولية فى حالة إنقاذ الأرواح والأموال، وكذلك فى حالة نقل الحيوانات الحية. فلقد نصت المادة ٢٤٢ من القانون البحرى المصرى الجديد على أنه "لا يسأل الناقل عن هلاك البضائع أو تلفها إذا وقع ذلك بسبب إنقاذ أو محاولة لنقاذ الأرواح فى البحر أو بسبب التدابير المعقولة التى يتخذها لانقاذ الأموال فى البحر" (٨٣)، والحقيقة أنه لا يكاد يوجد اختلاف جوهري بين هذا النص ومثيله فى قواعد هامبورج.

ولكن على الرغم من تأثر مشرعي مصر بقواعد هامبورج فيما يتعلق بإعفاء الناقل البحرى فى حالة نقل الحيوانات الحية، إلا أن هناك اختلافا جوهريا بين النص المصرى ومقابلته فى قواعد هامبورج. فلقد نصت المادة ٢٣٢ من قانون التجارة البحرى على أنه "لا يسأل الناقل فى حالة نقل الحيوانات الحية عن هلاكها أو ما يلحقها من ضرر إذا كان الهلاك أو الضرر ناشئا عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل، وإذا نفذ الناقل تعليمات الشاحن بشأن نقل هذه الحيوانات لفترض أن هلاكها أو ما أصابها من ضرر نشأ عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل حتى يثبت للشاحن وقوع خطأ من الناقل أو من نائبه أو من أحد تابعيه". ويظهر الاختلاف بين النص

(٨٣) أنظر نص المادة ٢٤٢ من قانون التجارة البحرية، وفى التعليق على هذه المادة راجع الدكتور هاني دويدار، الموجز فى القانون البحرى، للمرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١٣٧ - ١٣٨، وأيضا مؤلفنا، دروس فى لقانون البحرى المصرى الجديد، فى ص ص ٢٧٧ - ٢٧٨. وأنظر فى المقارنة بين اتفاقية هامبورج ومعاهدة بروكسل فى صدد الإعفاء فى حالة نقاذ الأرواح والأموال، الدكتور بهجت فايد، مسؤولية الناقل البحرى، للمرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ٨٢ - ٨٤.

المصري ومثيله فى اتفاقية هامبورج، فى أن النص الأخير يتضمن ثلاث حالات هى حالات هلاك الحيوانات الحية أو إصابتها بضرر أو التأخير فى تسليمها، بحيث يمكن للنقل دفع مسؤوليته فى هذه الأحوال الثلاثة. أما النص المقابل فى القانون المصرى فلم يتضمن إلا حالتين فقط هما حالتا الهلاك أو حصول الضرر للحيوانات الحية، مع إغفال حالة التأخير فى التسليم. وعليه، فإنه فى ظل قانون التجارة البحرى المصرى، لا يمكن للنقل أن يدفع مسؤوليته عن التأخير فى تسليم الحيوانات الحية بأن التأخير فى التسليم ناشئ عن المخاطر التى تلازم هذا النوع من النقل. وبعبارة أخرى، لا يمكن للنقل البحرى أن يدفع مسؤوليته عن التأخير فى تسليم الحيوانات الحية - طبقا للقانون المصرى - إلا إذا استطاع إثبات السبب الأجنبى، وهو السبب الوحيد المعفى للمسئولية فى قانون التجارة البحرى. ومن ثم فالترام الناقل بتسليم الحيوانات الحية فى الموعد المتفق عليه أو فى الميعاد المعقول هو الترام بتحقيق نتيجة (٨٤).

ويبدو لنا أن المشرع المصرى، وإن اقتبس نص اتفاقية هامبورج فى خصوص دفع مسؤولية الناقل فى نقل الحيوانات الحية، إلا أنه لم يخفل مع

(٨٤) أنظر فى هذا المعنى، الدكتور هانى دويدار الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١٣٥ - ١٣٧. وفى مسؤولية الناقل عن نقل الحيوانات الحية طبقا لاتفاقية هامبورج، أنظر الدكتور سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحرى، المشار إليه سابقا، فى ص ص ٤٤ - ٤٦.

وأنظر فى مضمون التزام الناقل عند نقل الحيوانات الحية حسب قواعد هامبورج Hassania CHERKAOUI, Portée Juridique et économique des Règles de Hambourg et Conséquences pour Le Maroc résultant de Leur application, Droit Maritime Français No. 524 (1993) PP. 125-136.

ذلك حماية للشاحنين، فلم يقف إلى جانب الناقل فى كل حالات الضرر
الحاصلة فى مثل هذا النوع من النقل، حيث لم ينص على إعفائه من المسؤولية
عن التأخير فى التسليم. وهذا التصرف من المشرع المصرى لم يكن فى
اعتقادنا عفويا، وبصفة خاصة أن نص اتفاقية هامبورج كان تحت
بصره (٨٥). وعلى الرغم من أن المنكرة الإيضاحية لم تذكر من قريب أو من
بعيد السبب الذى من أجله تم إعفاء الناقل البحرى فى حالة التأخير عن
تسليم الحيوانات الحية، إلا أننا نعتقد أن هذا يمكن تبريره على أساس حرص
المشرع على ضرورة تسليم هذه النوعية من البضائع فى الموعد المحدد،
وبصفة خاصة أن نقل هذه البضائع عادة ما يتعلق بتجارة الاستيراد، وهى
تجارة تتصل اتصالا مباشرا بالحاجات الغذائية والاقتصادية للشعب. ومن ثم
رأى المشرع إخضاع المسؤولية عن التأخير فى التسليم إلى القاعدة العامة
الواردة فى المادة ٢٤٠، وعدم تقرير سبب خاص لإعفاء الناقل من المسؤولية
فى هذه الحالة. وهذا الحكم، الذى قرره القانون المصرى، أكثر فعالية فى
حماية الشاحن.

وأخيرا، فلقد تفوق قانون التجارة البحرى المصرى على قواعد
هامبورج فى حماية الشاحنين - عند دفع مسؤولية الناقل البحرى فى حالة نقل
البضائع على سطح السفينة. فالمادة ٢٣١ من القانون البحرى المصرى تقضى
بأن "لا يسأل الناقل عن هلاك أو تلف البضائع التى يذكر فى سند الشحن أنها
منقولة على سطح السفينة إذا أثبت أن الهلاك أو التلف ناشئ عن المخاطر

(٨٥) ومع ذلك أنظر للدكتور بهجت فليد، الذى يأخذ اتجاها مخالفا ومنتقدا موقف المشرع
المصرى من حيث إعفائه على النفى على الإعفاء فى حالة التأخير، أنظر بحث
الدكتور فليد، مسؤولية الناقل البحرى، المشار إليه سابقا، فى ص ٩٧.

الخاصة بهذا النوع من النقل". فيمكن للناقل أن يدفع مسؤوليته عن هلاك البضائع أو تلفها، إذا كان مرخصا بهذا النوع من النقل، إذا أثبت أن الهلاك أو التلف ناشئ عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل، ومثل ذلك أن يثبت "أن تلف البضاعة يرجع إلى تأثيرها بحرارة الشمس أو الرطوبة أو بالمطار أو أن هلاكها حدث بسبب ارتفاع الأمواج أو اشتداد الريح الذى قطع حبال البضاعة وجرفها إلى للبحر" (٨٦).

ويلاحظ أن اتفاقية هامبورج قد تضمنت نصا مشابها لنص المادة ٢٣١ من قانون التجارة البحرى المصرى، إلا أنها زادت عليه حالة التأخير فى التسليم. ومعنى ذلك أن النازح البحرى يمكنه وفقا لقواعد هامبورج للتوصل من المسؤولية فى حالة النقل على السطح، طالما تمت مراعاة أحكام الاتفاقية فى النقل بهذه الكيفية، سواء فى حالة هلاك البضائع أو تلفها أو (التأخير فى تسليمها) إذا استطاع إقامة الدليل على أن الأضرار الحاصلة قد نشأت عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل (٨٧).

وعليه، فإنه طبقا للقانون المصرى، لا يمكن للناقل أن يدفع مسؤوليته فى حالة التأخير فى تسليم البضائع المشحونة على السطح بأن التأخير الحاصل ناشئ عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل. حيث تنطبق بضد المسؤولية عن التأخير القاعدة الواردة فى المادة ٢٤٠ من قانون التجارة البحرى والتى من مقتضاها ألا يجوز للناقل رفع مسؤوليته إلا إذا أبرز السبب

(٨٦) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة البحرية، فقرة ١٦١.

(٨٧) أنظر فى هذا المعنى، الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٢٧.

الأجنبى، ومعنى ذلك أن التزام الناقل بتوصيل البضاعة المشحونة على السطح، حتى ولو كان مرخصا به، هو التزام بتحقيق نتيجة. ومن هذه الزاوية فلا جدل فى تفوق القانون للمصرى على قواعد هامبورج فى حماية الشاحنين.

ثالثا - التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى:

اشتملت اتفاقية هامبورج وكذلك القانون البحرى المصرى الجديد على نصوص تقضى بتحديد التعويض الذى يتعين على الناقل البحرى دفعه إلى الشاحن فى حالات الأضرار اللاحقة بالبضاعة المنقولة. ولقد حذا مشرعنا المصرى حذو قواعد هامبورج فى الأساس الذى بمقتضاه يتم حساب التعويض المحدود والذى يتمثل فى الاعتماد على الطرد أو الوحدة بالنسبة للبضائع ذات القيمة العالية والتي قد تكون قليلة الوزن، وعلى الكيلوجرام بالنسبة للبضائع التى تكون عادة ثقيلة الوزن والتي تشحن عادة فرطاً. أضف إلى ذلك أن القانون المصرى قد أقام حدوداً للتعويض من المسئولية تقترب كثيراً من تلك التى تبنتها قواعد هامبورج، وإن اختلفت طريقة حسابه (٨٨).

(٨٨) أنظر فى أسلوب تحديد مسئولية النقل البحرى، المرجع المشار إليه سابقاً، فى ص ٥١ - ٥٧. وراجع فى تحديد المسئولية وفقاً لقواعد قانون التجارة البحرية وقواعد هامبورج، الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقاً، فى ص ١٤٣ - ١٥٥. وفى تحديد مسئولية الناقل فى قانون التجارة البحرية المصرى، راجع مؤلفنا، دروس فى القانون البحرى ...، المشار إليه سابقاً فى ص ٢٧١ - ٢٧٢. وأنظر فى طريقة حساب التعويض وفقاً لاتفاقية هامبورج، المستحدث فى أحكام اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٦، ورقة بحثية مقدمة إلى مؤتمر التحكيم الدولى بالقاهرة سنة ١٩٩٢، والمشار إليها سابقاً فى ص ٧ - ٨.

وعلى الرغم من وجود تشابه كبير بين نظامى تحديد مسؤولية الناقل البحرى فى كل من اتفاقية هامبورج والقانون المصرى، إلا أنه يلاحظ أن تحديد المسؤولية عن التأخير تمت معاملته بطريقة مختلفة. ذلك أن المادة ٣/٢٤٠ من قانون التجارة البحرى تنص على أنه "ولا يجوز أن يزيد مبلغ التعويض الذى يحكم به على الناقل فى حالة التأخير فى تسليم البضائع أو جزء منها على الحد الأقصى للتعويض المنصوص عليه فى (الفقرة ١) من المادة ٢٢٣ من هذا القانون". وبناء على ذلك، فإن القانون المصرى يقرر للتعويض عن التأخير فى تسليم البضائع نفس الحدود القصوى المستحقة عن الهلاك أو التلف. أى أن المشرع ارتأى معاملة التأخير فى التسليم معاملة الهلاك أو التلف من حيث الحد الأقصى للتعويض الذى يلتزم به الناقل البحرى فى مواجهة الشاحن أو صاحب الحق فى البضاعة (٨٩). وهذا الموقف من جانب المشرع المصرى ينبى عن الحرص فى اعتبار الضرر الناشئ عن التأخير فى التسليم لا يقل فى الأهمية عن الضرر الناشئ عن هلاك البضاعة أو تلفها. أما اتفاقية هامبورج فلم تعامل التأخير فى التسليم معاملة الهلاك أو التلف الذى يحصل للبضاعة من حيث الحد الأقصى للتعويض من المسؤولية، حيث تربط الاتفاقية الدولية بين تحديد التعويض عن التأخير والأجرة المستحقة عن البضائع المنقولة، إذ أن تحديد الحد الأقصى للتعويض عن التأخير يكون بمرتبتين ونصف للأجرة المستحقة الدفع عن البضائع المتأخرة،

(٨٩) أنظر فى هذا المعنى، للدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار إليه سابقاً فى ص ٧٨؛ الدكتور هانى نوبدار، لوجيز فى القانون البحرى، المشار إليه سابقاً، فى ص ١٤٤؛ الدكتور بهجت قليد، مسؤولية الناقل البحرى، لمشار إليه سابقاً، فى ص ص ١١٤ - ١١٥.

وبشرط عدم تجاوز مبلغ التعويض لمجموع أجرة النقل المستحقة الدفع بموجب عقد النقل البحرى للبضائع (١٠).

والواقع أن معاملة المشرع للمصرى للتأخير عن التسليم معاملة الهلاك أو التلف الذى يصيب للبضائع من حيث الحد الأقصى للتعويض الذى يلتزم به الناقل يكشف بوضوح عن حماية أعمق للشاحنين من تلك التى تقضى بها اتفاقية هامبورج والتى تجعل الحد الأقصى للتعويض مرتبطاً بأجرة النقل. فمشرعنا المصرى أراد مساواة الأضرار الناشئة عن التأخير فى التسليم بالأضرار المتعلقة بهلاك البضائع أو تلفها من حيث الحد الأقصى للتعويض، ذلك أن التأخير فى التسليم - فى نظر مشرعنا - قد يؤدى الى إلحاق أضرار بالشاحن لا تقل خطورة عن الأضرار التى تصيب البضاعة ذاتها. وعليه، فإن القانون المصرى يخلق على الشاحنين حماية أوسع من تلك التى تقرها اتفاقية هامبورج، إذ يضمن لهم الحصول على تعويض يعادل الحد الأقصى الممنوح فى حالتى الهلاك والتلف مما يؤكد على ضرورة وصول البضاعة فى موعدها - سواء فى تجارة الاستيراد أو للتصدير - وبصفة خاصة ومصر تمر بمرحلة هامة من مراحل نموها الاقتصادى.

ولقد تضمن القانون البحرى المصرى وكذلك اتفاقية هامبورج نصوصاً تقضى بسقوط حق الناقل فى تحديد المسؤولية فى حالة اقتران سلوك الناقل أو تابعيه بالخطأ الإرادى *Wilful Misconduct*. فلقد نصت المادة ٢٤١ من قانون

(٩٠) انظر المادة ١/٦ (ب) من قواعد هامبورج، المشار إليها سابقاً، الجريدة الرسمية العدد ٢٥، فى ص ١٣٢١. وانظر فى التعليق على هذه المادة الدكتور سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحرى، لمرجع المشار إليه سابقاً فى ص ٥٢.

التجارة البحرية على أنه "لا يجوز للناقل التمسك بتحديد مسؤوليته عن هلاك البضائع أو تلفها أو تأخير تسليمها إذا ثبت أن الضرر نشأ عن فعل أو امتناع صدر منه أو من نائبه أو من أحد تابعيه بقصد إحداث ضرر أو بعدم اكتراث مصحوب بإدراك أن ضررا يمكن أن يحدث" (٩١).

وهذا النص مأخوذ عن نص المادة الثامنة من اتفاقية هامبورج، والتي تقرر سقوط الحق في تحديد التعويض من المسؤولية إذا اقترن سلوك الناقل أو سلوك تابعيه بالخطأ الإرادى (٩٢). ومع ذلك فهناك اختلاف هام بين النصين (أى نص المادة ٢٤١ من قانون التجارة البحرية ونص المادة الثامنة من قواعد هامبورج). فنص القانون المصرى كان واضحا فى عدم تحديد مسؤولية الناقل سواء صدر السلوك المشوب بالخطأ الإرادى عنه شخصا أو صدر عن أحد تابعيه أو من نائبه. وبعبارة أخرى، فالناقل يعتبر مسئولا بكامل التعويض فى الحالة التى يصدر فيها الخطأ الإرادى منه شخصا، وأيضا فى الحالة التى لا يصدر منه الخطأ الإرادى بصفة شخصية، أى إذا كان هذا السلوك الشائن صادرا عن نائب الناقل أو عن تابعيه. فالناقل مسئول مسؤولية لا محدودة عن سلوك التابعين للمقترن بالخطأ الإرادى (٩٣). أما لتفافية هامبورج، فهى وإن كانت قد جعلت المسؤولية غير محدودة بالنسبة

(٩١) انظر فى شرح هذا النص، الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ص ٨٠ - ٨١.

(٩٢) انظر فى شرح المادة الثامنة من اتفاقية هامبورج، الدكتور سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحرى، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ص ٥٥ - ٥٧.

(٩٣) انظر للدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار اليه سابقا، فى ص ٨١؛ الدكتور أحمد حسنى، عقد النقل البحرى، المشار اليه سابقا فى ص ٢٠١. وغنى عن البيان أن تابعي الناقل يسألون مسؤولية غير محدودة إذا صدر عنهم الخطأ الإرادى شخصا، وهذا هو حكم المادة ٢/٢٣٥ من قانون التجارة البحرية.

للتناقل الذى يقتزن سلوكه بخطأ إرادى، وكذلك جعلت المسؤولية غير محدودة بالنسبة لتابعى الناقل عندما يشوب سلوكهم نفس النوع من الخطأ؛ إلا أنها لم تجعل الناقل مسؤولاً عن أفعال تابعيه مسؤولية غير محدودة. أى أنه ولو أن التابعين يسألون مسؤولية غير محدودة بسبب صدور خطأ إرادى عنهم، إلا أن ذلك لا يحرم الناقل من التمسك بتحديد المسؤولية فى حالة الخطأ الإرادى الصادر عن تابعيه. فكان واضعى الاتفاقية رأوا أن الخطأ الإرادى بإعتباره سلوكاً شخصياً، يتعين أن يسأل عنه مرتكبه، ولا يسأل عنه غيره (٩٤).

والحقيقة إن هذا الحكم الوارد فى نص المادة الثامنة من اتفاقية هامبورج جدير بالنقد. إذ أن الناقل البحرى هو الذى يعين وكلائه وتابعيه، فكان ينبغى أن يكون مسؤولاً عن أفعالهم وسلوكهم. كما أن إطلاق مسؤولية التابعين أو الوكلاء فى حالة الخطأ الإرادى، مع السماح للناقل بالتمسك بتحديد مسؤوليته فى هذه الحالة، يصبح لغواً من الناحية العملية، إذ لو رجع الشاحن أو صاحب الحق فى المطالبة على التابعين بكامل التعويض، فلن يعود فى أغلب الأحوال إلا وهو صفر اليدين لعدم ملاء هؤلاء الأخيرين. أما النص المصرى فجاء أكثر دقة فى هذا الخصوص من نص المادة الثامنة من قواعد هامبورج، حيث يحرم الناقل من تحديد المسؤولية حتى فى حالة صدور الخطأ الإرادى من جانب تابعيه. وهذا يشير بوضوح إلى ما يعلقه المشرع المصرى من أهمية قصوى على ضرورة اقتضاء الشاحن لكامل التعويض عن الهلاك أو التلف أو التأخير فى التسليم من الناقل سواء فى حالة صدور

(٩٤) قارب الدكتور بهجت فايد، مسؤولية الناقل البحرى، البحث المشار إليه سابقاً فى ص ص ١٢١ - ١٢٢، وقرن الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار سلفاً، فى ص ص ١٥٩ - ١٦٠.

الغش أو الخطأ الإرادى منه شخصياً أو فى حالة صدوره من تابعيه، خاصة وأن الأضرار الحاصلة للبضاعة عادة ما تحصل وهى تحت يد هؤلاء الأخيرين، والقول بعدم مسئولية الناقل عن التعويض الكامل فى هذه الحالة قد يترتب عليه إفلات التابعين بسلوكهم للشائن من دفع كامل التعويض بالنظر لعدم ملائمتهم.

وعلاوة على ذلك، فلقد توسع المشرع المصرى فى معيار الضرر الحاصل والمترتب على السلوك الشائن المقترن بالخطأ الإرادى، أى الضرر الواقع بناء على الفعل أو الامتناع عن الفعل للصادر عن الناقل أو تابعيه بقصد إحداثه أو بعدم اكتراث، بحصوله. إذ لا يشترط، طبقاً لنص المادة ٢٤١ من قانون التجارة البحرى، أن يقيم الشاحن الدليل على اتجاه نية الناقل أو تابعيه إحداث نفس الضرر الذى تسبب فى هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير فى تسليمها، أو عدم اكتراثهم بحصوله (١٥). وذلك أن الشاحن يكفيه لكى يقيم الدليل على توفر الخطأ الإرادى فى جانب الناقل أو تابعيه أن يثبت فقط أنه قد كان لديهم الإدراك بإمكانية حصول أى ضرر بناء على هذا السلوك الشائن، حتى ولو لم يكن نفس الضرر الذى حاق فعلاً بالبضاعة. أما اتفاقية هامبورج، فإنها اشترطت كى يستفيد الشاحن من المسئولية غير المحدودة للناقل أو التابعين أن يثبت أن هؤلاء كان لديهم الإدراك بإمكانية حصول

(١٥) أنظر فى نفس المعنى الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقاً فى ص ١٦٠؛ وقارب الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المشار إليه سابقاً فى ص ٨١.

(ذات) الضرر الذى أدى فعلا إلى هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير فى تسليمها (٩٦).

وإذا ما أخذنا فى الاعتبار الصعوبات العميقة فى إثبات الخطأ الإرادى بوجه عام نجد أن قواعد هامبورج تزيد فى عبء الإثبات الملقى على الشاحن فى هذا الخصوص حيث تتطلب منه لكى يستفيد من عدم تحديد المسؤولية أن يبرهن على إدراك الناقل بإمكانية حصول الضرر الذى لحق البضاعة بالفعل، وهو إثبات صعب من الناحية العملية وخاصة أن الشاحن لا يكون مع الناقل أو تابعيه أثناء الرحلة البحرية. أما القانون المصرى فلقد كان لرحم بالشاحن فى عبء الإثبات حيث رخص فى استفادته من التعويض غير المحدود من المسؤولية إذا ما تمكن من إثبات أن السلوك الشائن للناقل أو لتابعيه كان مقترنا بالإدراك بحصول أى ضرر أو ثمة ضرر للبضائع، حتى ولو أخفق الشاحن فى التلويل على أن الناقل أو تابعيه كان يعوزهم الإدراك بحصول الضرر الذى وقع فعلا، طالما كان هناك مجال لحصول ضرر.

رابعاً - المسؤولية فى حالة الحريق:

تنص المادة الرابعة من اتفاقية هامبورج بمسؤولية الناقل عن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير فى التسليم وذلك إذا أثبت المطالب (الشاحن مثلاً) أن الحريق قد نشأ عن خطأ أو إهمال من جانب الناقل أو مستخدميه أو

(٩٦) فللمادة ١/٨ من اتفاقية هامبورج تنص على أنه "لا يحق للناقل الاستفادة من تحديد المسؤولية المنصوص عليها فى المادة ٦، إذا ثبت أن الهلاك أو التلف أو التأخير فى التسليم قد نتج عن فعل أو تقصير من الناقل ارتكبه بقصد التسبب فى هذا الهلاك أو التلف أو التأخير أو ارتكب عن استهتار وعلم باحتمال أن ينتج عن هذا الهلاك أو التلف أو التأخير".

وكلائه. كما يسأل أيضا الناقل عن الهلاك أو التلف أو التأخير فى تسليم البضائع إذا أثبت المطالب أن هذه الأضرار قد نتجت عن خطأ أو إهمال من جانب الناقل أو مستخدميه أو وكلائه فى اتخاذ جميع التدابير التى كان من المعقول تطلب اتخاذها لآخماد الحريق وتجنب تبعاته أو التخفيف منها.

وعلى ذلك فإن اتفاقية هامبورج قد تراجعت عن فكرة مسئولية الناقل البحرى المؤسسة على الخطأ المفترض فى حالة الحريق. وفى حالة حدوث أضرار للبضاعة (هلاك أو تلف أو تأخير) بسبب الحريق فلا يفترض خطأ الناقل. أى أن الأصل هو أن الناقل لا يسأل عما يترتب عن الحريق من أضرار للبضائع إلا إذا استلزم الشاحن أو صاحب الحق فى المطالبة بالبضاعة إثبات أن هذا الحريق كان ناشئا بسبب خطأ من الناقل أو إهمال منه أو من تابعيه أو وكلائه (٩٧). وبعبارة أخرى، فلقد قلبت الاتفاقية عبء الإثبات فى حالة حدوث أضرار للبضاعة بسبب الحريق فجعلته على الشاحن، وفى نفس الوقت أتاحت للناقل التخلص من المسئولية إذا أخفق الشاحن فى تقديم الأدلة على أن الأضرار الحاصلة قد وقعت بناء خطأ أو إهمال من جانب الناقل أو تابعيه أو وكلائه فى القيام بجميع التدابير التى كان من المعقول اتخاذها لآخماد الحريق وتجنب آثاره أو التخفيف منها. ولا يثور أى شك فى صعوبة هذا الإثبات الملقى على عاتق الشاحن أو صاحب الحق فى المطالبة بالبضاعة (٩٨). فالفرض أن الشاحن لم يكن موجودا على متن السفينة للتعرف

(٩٧) أنظر فى هذا المعنى الدكتور، سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى، فى ص ٤١.
(٩٨) أنظر فى ذلك، المستحدث فى اتفاقية هامبورج، ورقة بحثية مقدمة إلى مؤتمر التحكيم الدولى بالقاهرة، والمشار إليها سابقا فى ص ٥؛ الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ٤١.

على طبيعة الظروف التي أدت إلى الحريق، ولا يتأتى له إثبات اخفاق الناقل أو تابعيه في اتخاذ التدابير المعقولة لمقاومة الحريق، بل على النقيض من ذلك، فإن الأمر برمته في هذه الحالة يكون بين يدي الناقل وتابعيه فهم الأقدر على معرفة دقائق ظروف حادث الحريق وفيما إذا كانت قد اتخذت الاجراءات اللازمة لمنع نشوبه أو بمكافحته بعدئذ. فلا رقابة للشاحن على الناقل من هذه الزاوية. بل الفرض أن هناك احتياطات أولية معينة يتوجب على كل ناقل اتخاذها منها مثلاً ضرورة وجود أجهزة ومعدات إطفاء الحريق، ولجهزة إنذار معينة الخ. وعادة ما تكون هذه الاحتياطات موجودة على متن السفينة، بما يجعل إثبات الشاحن لخطأ الناقل في هذا الخصوص شبه مستحيل، إذ أن التحقيق الذي يجرى سوف يؤدي حتماً إلى استخلاص أن الناقل قد اتخذ للتدابير المعقولة لمقاومة الحريق. ولعل هذا ما دعا البعض إلى القول بأن اتفاقية هامبورج تقيم إعفاء ضمنياً للناقل البحري من المسؤولية في حالة الحريق (١٩). والواقع أنه وإن كان من الصعب جداً إثبات مسؤولية الناقل أو تابعيه أو وكلائه في حالة الحريق، إلا أنه يجب الاحتراس في التعبير، إذ أن اتفاقية هامبورج لم تستهدف إعفاء الناقل في هذه الحالة، إذ أنه يكون مسؤولاً عن الأضرار اللاحقة بالبضاعة في حالة الحريق إذا تمكن الشاحن من الإثبات المطلوب.

ولقد كان مشروع قانون التجارة البحري المصري يأخذ بحكم مشابه للحكم الذي أورده المادة الرابعة من اتفاقية هامبورج. وكانت المادة ٢/٢٢٩ من المشروع تنص على أنه "ومع ذلك لا يسأل الناقل عن الضرر الناشئ عن

(١٩) انظر في هذا الرأي الدكتور بهجت قابد، مسؤولية الناقل البحري، المشار إليه سابقاً، في ص ٨٧.

الحريق إلا إذا اثبت طالب التعويض أن الحريق حدث بخطأ الناقل أو نائبه أو أحد تابعيه أو أنهم أهملوا في اتخاذ التدابير المعقولة لإطفاء الحريق بعد نشوبه أو لمنع آثاره أو الحد منها". ومعنى ذلك أن مشروع القانون استثنى من قاعدة افتراض خطأ الناقل (والتي كان يأخذ بها) حالة الهلاك أو التلف أو التأخير الناشئ عن الحريق، وأخذ في صحتها بفكرة الخطأ الواجب الإثبات والذي يتعين على الشاحن إبرازه. ولقد عللت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون جعل الإثبات على عاتق الشاحن في هذه الحالة بسببين (١) أن القانون يفرض على الناقل اتخاذ تدابير للوقاية من الحريق والغالب ألا يقتصر الناقل عليها وإنما يضيف إليها تدابير أخرى زيادة في الحيلة. (٢) أن الحريق - إذا شب في السفينة - لا يلتهم البضاعة وحدها وإنما يأتي على السفينة أيضا فيكون الناقل من ضحاياه، وقد يكون أكثرهم تأثرا به" (١٠٠).

أما القانون البحري المصري فكان أكثر رعاية وحماية للشاحن في حالة هلاك البضائع أو التأخير في تسليمها في هذه الحالة. فلقد تم حذف نص المادة ٢/٢٢٩ والذي جاء في المشروع، وظهر للقانون في ثوبه النهائي خاليا تماما من هذا الاستثناء والخاص بالحريق. ومعنى ذلك أن الناقل في ظل قانوننا الجديد أصبح مسؤولا عن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير في وصولها في الموعد المحدد أو المعقول حتى ولو كان سبب ذلك هو الحريق. فلم يعد الشاحن مكلفا بإثبات تخلف أو تقاعس الناقل عن اتخاذ التدابير المعقولة لإتقاء الحريق وما نشأ عنه من خسائر للبضاعة، وإن كان ما زال عليه عبء إثبات خطأ الناقل والمتمثل في تخلفه عن تحقيق النتيجة المرجوة، ألا وهي توصيل

(١٠٠) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون البحري، فقرة ١٥٩.

البضاعة سالمة وبحالتها، ولا يمكن للنقل أن يدفع مسؤوليته، حتى في حالة الحريق، إلا بإثبات السبب الأجنبي. ولا شك أن في ذلك حماية أكبر للشاحن المصري، إذ بمجرد هلاك البضاعة أو تلفها أو تأخرها يمكن أن تُسور المسؤولية، وينتقل عبء اثبات نفيها إلى الناقل. وبعبارة أخرى، أصبح الناقل في ظل القانون الجديد ضامنا لسلامة البضاعة تطبيقا للمادة ١/٢٢٧ حتى في حالة الحريق.

خامسا - الاعلان عن طبيعة البضاعة والمصلحة في المحافظة عليها قبل الشحن:

تضمن قانون التجارة البحرى نصا لا قرين له في اتفاقية هامبورج هو نص المادة ٢٣٤، والذي يقضى بأنه "لا يجوز للناقل التمسك في مواجهة الشاحن بتحديد المسؤولية إذا قدم للشاحن بيانا قبل الشحن عن طبيعة البضاعة وقيمتها وما يعلق على المحافظة عليها من أهمية خاصة وذكر هذا البيان في سند الشحن ويعد للبيان المذكور قرينة على صحة للقيمة التي عينها الشاحن للبضائع إلى أن يقيم الناقل الدليل على ما يخالفها". ومن ثم إذا قام الشاحن بتقديم بيان عن طبيعة البضاعة وقيمتها إلى الناقل مع ضرورة المحافظة عليها، وتم إدراج ذلك في سند الشحن، فإن الناقل لا يستفيد من تحديد المسؤولية الوارد في المادة ٢٣٣ من قانون التجارة البحرى ويلتزم بدفع كامل القيمة (المعلنة) لهذه البضائع إلى الشاحن في حالتي الهلاك أو التلف. وعليه، فإن المشرع المصرى اعترف بمصلحة الشاحن في اتخاذ الإجراء بالإعلان عن قيمة البضاعة المشحونة حتى لا يقع تحت طائلة مبدأ تحديد

المسئولية (١٠١). وعادة ما يكون للشاحن مصلحة في هذا الإعلان في حالة نقل البضائع ذات الطبيعة الخاصة كالבضائع النادرة مثل اللوحات الفنية أو الأشياء الثمينة أو القطع الأثرية أو الأجهزة الدقيقة (كالأجهزة الطبية أو الهندسية مثلا)، وغيرها. ويتعين على الشاحن كى يستفيد من المسئولية غير المحدودة للناقل فى هذه الحالة أن يقدم بيانا عن طبيعة البضاعة المشحونة وقيمتها قبل إجراء الشحن، وأن يدرج هذا الإعلان فى سند الشحن نفسه (١٠٢)، وذلك حتى يتمكن للناقل من اتخاذ الوسائل اللازمة للعناية بالبضاعة والمحافظة عليها ووضعها فى المكان الملاءم فى السفينة، أو رفض القيام بعملية النقل إن لم يكن فى استطاعته المحافظة على البضاعة بالكيفية التى تم الإعلان عنها.

ويلاحظ أن المشرع المصرى - إمعانا فى حماية الشاحن - قد أتاح له المطالبة بالتعويض عن قيمة البضاعة كما أعلنها فى سند الشحن، وليس فقط على أساس قيمتها الحقيقية، إذ قد تكون للشاحن مصلحة فى إعلان قيمة للبضائع بأعلى من قيمتها الحقيقية (١٠٣)، لا سيما إذا كانت هذه البضائع أو الأشياء المشحونة تمثل له - بجانب قيمتها المادية - قيمة معنوية أيضا. ومن ثم فإن الناقل لا يلتزم فقط بالتعويض عن القيمة الحقيقية أو الفعلية

(١٠١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور محمود سمير لشرقاوى، العقود البحرية، للمرجع المشار إليه سابقا فى ص ٧٩.

(١٠٢) أنظر فى شروط تطبيق المادة ٢٣٤ من قانون التجارة البحرية، للدكتور هانى دويدار، الموجز فى القانون البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ص ١٤٨ - ١٤٩.

(١٠٣) أنظر فى هذا المعنى، المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة البحرية، فقرة ١٦٤.

للبضائع، وإنما يكون التعويض على أساس القيمة المعلنة، ولو كانت الأخيرة أعلى من القيمة الحقيقية.

كما أقام النص قرينة قانونية على صحة القيمة المعلنة والتي حدها الشاحن للبضائع، بحيث يلتزم الناقل بالتعويض عنها كاملة دون التمسك بتحديد المسؤولية. لكن المشرع قدر أن الشاحن قد يبالغ، في بعض الأحوال، في تقدير القيمة المعلنة للبضائع، فأتاح للناقل فرصة إثبات عكس البيان المقدم من الشاحن. وبعبارة أخرى، فالقرينة المستفادة من صحة البيان المقدم من الشاحن عن قيمة البضاعة هي قرينة بسيطة يجوز للناقل إثبات عكسها، حيث أن الشاحن هو الذى قام بتقدير هذه القيمة بطريقة جزائية (١٠٤)، ولا يمكن التحقق من هذه القيمة إلا بتقديرها بمعرفة خبراء متخصصين في مثل النوعية المشحونة من البضائع، ومن غير المعقول إلزام الناقل بعمل هذا التقدير لما فيه من إرهاق له، أو لأنه قد يؤدي إلى رفضه للقيام بالنقل، فكان الحل هو السماح بهذا النوع من النقل مع الترخيص للناقل بإثبات عكس القيمة المعلنة في جميع الأحوال (١٠٥).

ويذهب البعض إلى أنه على الرغم من أن اتفاقية هامبورج لم تتضمن نصاً مماثلاً لنص المادة ٢٣٤ من قانون التجارة البحرى المصرى والخاص بالإعلان عن المصلحة فى المحافظة على البضائع، إلا أنها تضمنت نصاً يفضى إلى نفس النتيجة، وهو نص المادة ٤/٦ من الاتفاقية والذي يقضى بأنه

(١٠٤) انظر فى هذا المعنى، الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المشار إليه سابقاً فى ص ٧٩.

(١٠٥) للمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة البحرية فقرة ١٦٤.

يجوز بالاتفاق بين الناقل والشاحن تعيين حدود للمسئولية تتجاوز الحدود المنصوص عليها في الفقرة (١) (١٠٦) . كما يذهب البعض الآخر إلى نص المادة ٢/٢٣ من ذات الاتفاقية يؤدي أيضا إلى نفس النتائج التي يقود إليها نص المادة ٢٣٤ من القانون المصري، حيث نقضى المادة ٢/٢٣ من قواعد هامبورج بأنه "خلافا لأحكام الفقرة ١ من هذه المادة للناقل أن يزيد من مقدار مسؤوليته والتزاماته بموجب هذه الاتفاقية". وهذا ما يفيد "أن الإعلان الصريح الوارد في سند الشحن بالقيمة الحقيقية للبضائع المشحونة وطبيعتها يعد اتفاقا بين الشاحن والناقل على تحمل هذا الأخير الأعباء الناشئة عن هذا الاعلان ولو كانت تجاوز الحدود المقررة للمسئولية والواردة في المادة السادسة من الاتفاقية" (١٠٧).

ونحن نتفق مع هذين للرأيين من أن كلا من المادتين ٤/٦ و ٢/٢٣ من اتفاقية هامبورج يتضمنان إمكانية الاتفاق على تشديد مسؤولية الناقل البحري، إلا أننا لا نتفق معهما في أن هذين النصين يمثلان مع نص المادة ٢٣٤ من قانون التجارة البحري. ذلك أن تشديد مسؤولية الناقل البحري وفقا لنص المادة ٤/٦ و ٢/٢٣ من قواعد هامبورج لا يتم إلا بناء على تراض بين الناقل والشاحن، أما النص الوارد في القانون المصري فمفاده أن الشاحن بمفرده وبمجرد إعلانه عن قيمة البضائع يجعل الناقل ملتزما بهذه القيمة، طالما قبل الناقل القيام بالنقل. وبعبارة أخرى، فالناقل لا يناقش مع الشاحن القيمة المعلنة

(١٠٦) انظر الدكتور هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري، المشار إليه سابقا في ص ١٤٩ - ١٥٠.

(١٠٧) انظر الدكتور بهجت فايد، مسؤولية الناقل البحري، المشار إليه سابقا في ص ١٢٣.

للبضائع، إذا قرر قبول النقل، حيث يكون أمر تحديد هذه القيمة بالإرادة المنفردة للشاحن. أضف إلى ذلك أن النصوص الخاصة بالتشديد الاتفاقي لمسئولية الناقل والواردة في اتفاقية هامبورج لا تمنع الناقل، في مقابل تشديد مسئوليته وحرمانه من التمسك بالحدود القصوى للتعويض، من إضافة رسم إضافي يتحمله الشاحن مع أجرة النقل، بل عادة ما يقوم الناقل بفرض رسم أو أجرة إضافية على الشاحن في هذه الحالة. أما نص المادة ٢٣٤ من قانون للتجارة البحرى فلم يعلق حصول الشاحن على كامل التعويض عن القيمة المعلنة للبضائع على حصول الناقل على أى رسم إضافي. ولا شك أن النص المصرى، أكثر حماية للشاحن.

المطلب الثانى

مظاهر تفوق القانون البحرى المصرى على قواعد هامبورج فى الحماية الإجرائية للشاحنين

لا يمكن لصاحب الحق الموضوعى اقتضاء حقه بدون توفر حماية إجرائية تسهل له السبيل الى ذلك، وفى أسرع وقت ممكن. ولقد تضمنت كل من اتفاقية هامبورج، وكذلك قانون التجارة البحرى قواعد إجرائية عديدة سواء بمناسبة رفع دعوى المسؤولية أو توجيه المطالبات إلى الناقل أو التحكميم البحرى؛ هذه القواعد فى مجموعها جاءت إلى حد بعيد فى صف الشاحنين. فعلى سبيل المثال توسعت كل من الاتفاقية الدولية والقانون المصرى فى الخيارات المكانية المتاحة للشاحن كى يقيم دعوى المسؤولية أمام جهة القضاء المختصة فى أحد هذه الأماكن. كما يبطل أى اتفاق يسلب المدعى الحق فى هذا الاختيار (١٠٨).

(١٠٨) وفى ذلك تنص المادة ٢٤٥ من قانون لتجارة البحرية على أنه "ترفع الدعاوى الناشئة عن عقد نقل البضائع بالبحر إلى المحكمة المختصة وفقا لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، ويجوز أيضا حسب اختيار المدعى أن ترفع الدعاوى المذكورة إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها ميناء الشحن أو ميناء التفريغ أو الميناء الذى حجز فيه على السفينة. ويقع باطلا كل اتفاق سابق على قيام النزاع يقضى بسلب المدعى الحق فى هذا الاختيار أو تقييده". وأنظر فى شرح هذا للنص، الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المشار إليه سابقا، فى ص ٨٧ - ٩٠؛ وأيضا الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المشار إليه سابقا، فى ص ١٨٠ - ١٨١. وأنظر نص المادة ٢١ من اتفاقية هامبورج والذى يعالج نفس المسألة، وفى شرح هذه المادة، أنظر الدكتور سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ٧٦ - ٧٩.

واشتملت أيضا كل من الاتفاقية الدولية، وقانون التجارة البحري على نص يعطى للأطراف حق اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات. وفى هذا الخصوص يكاد يتمثل النص الوارد فى قواعد هامبورج مع النص المصرى من حيث الأماكن التى يجوز الاتفاق على التحكيم فيها، وعلى الحماية الممنوحة للشاحن من حيث إلزام المحكمين بالفصل فى المنازعة طبقا لقواعد القانون البحرى أو الاتفاقية بحسب الأحوال، وإبطال أى اتفاق سابق على نشأة النزاع من شأنه أن يسلب للمدعى هذا الحق (١٠٩).

ومع ذلك تبقى، فى نطاق القواعد الإجرائية، بعض الاختلافات بين نصوص قواعد هامبورج ونظيرها فى القانون المصرى، وبصفة خاصة ما تعلق منها بالإجراءات التى يتعين على الشاحن اتخاذها فى مواجهة الناقل عند حصول الهلاك أو التلف أو التأخير فى التسليم، وأيضاً فى مجال تقادم دعوى المسؤولية. ونحاول بيان ذلك فيما يلى.

أولاً - الإجراءات التى يتعين على الشاحن اتخاذها فى مواجهة الناقل عند حصول الهلاك أو التلف.

يكون الناقل مسؤولاً عن الهلاك أو التلف الذى يصيب البضاعة، إلا إذا توفر سبب من الأسباب التى تبيح له دفع المسؤولية أو الإغفاء منها. هذه القاعدة، كما قدمنا مقررة فى كل من قواعد هامبورج وقانون التجارة

(١٠٩) انظر نص كل من المادتين ٢٤٦ و ٢٤٧ من قانون التجارة البحرية واللذين سنقوم بشرح أحكامهما فى المبحث الثانى من هذه الدراسة. وانظر نص المادة ٢٢ من اتفاقية هامبورج والتى تقضى بأحكام تكاد تتماثل مع النصوص المصرية المقابلة، انظر الدكتور سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحرى، المشار إليه سابقاً، فى ص ٨٠ - ٨٢.

البحرى، على اختلاف بينهما فى أساس المسؤولية وطرق دفعها. ومع هذا، فلقد حرص المشرع، على ضرورة الإسراع بإنهاء المنازعات المتعلقة بالأضرار التى حصلت للبضائع، حتى لا يظل الناقل مهددا بطريقة مستمرة ولفترة طويلة من الشاحنين. ومن ثم فلقد تضمنت الاتفاقية الدولية، وكذلك القانون البحرى المصرى قواعد معينة من شأنها حث الشاحنين المضطربين أو أصحاب الحق فى المطالبة (كالمرسل إليهم) فى اتخاذ إجراءات معينة فى سبيل الرجوع على الناقل البحرى بالتعويض من المسؤولية، وذلك بإخطاره بحصول الضرر المتمثل فى هلاك البضاعة أو تلفها.

ولقد كان القانون البحرى (الملغى) يقرر جزاء شديدا على مستلم البضائع إذا لم يتم بإثبات واقعة الهلاك أو التلف أو التأخير فى مواجهة الناقل فى مواعيد معينة، بحيث كان يترتب على تخلفه بإخطاره بذلك فى هذه المواعيد عدم قبول دعواه بالمسؤولية (١١٠). وبعبارة أخرى، فلقد كان للناقل البحرى الدفع بعدم قبول الدعوى المرفوعة عليه إذا لم يراخ مستلم البضاعة القواعد الخاصة بالإخطار عن الأضرار المدعى بحصولها. وكان يترتب على ذلك ضياع حق الشاحن أو المرسل إليه فى الحصول على

(١١٠) أنظر الدكتور البارودى، مبادئ القانون البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ١٨٣، وما بعدها. فلقد كانت المادة ٢٧٤ بحرى (ملغى) تنص على أنه "لا تسمع جميع الدعاوى على القبول أو المؤمن بشأن الخسارة الحاصلة للبضاعة المشحونة إذا صار استلامها بدون عمل بروتستو....". كما كانت تنص المادة ٢٧٥ من ذات القانون على أنه تكون البروتستات والمطالبات المذكورة لاغية إذا لم يحصل فى ظرف ثمان وأربعين ساعة ولم يعقبها رفع الدعوى فى ظرف واحد وثلاثين يوما من تاريخها". وأنظر فى شروط أعمال هذا النفع ونطاقه، الدكتور مصطفى طه، لقانون البحرى، المشار إليه سابقا، فى ص ٣٣٢ - ٢٢٨؛ وراجع أيضا الدكتور سيمحة القليوبى، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ٢٧٧ - ٢٨١.

التعويض المناسب على الرغم من حصول الضرر فعلا، وعدم تقادم دعوى المسؤولية ذاتها (١١).

أما اتفاقية هامبورج وتبعها أيضا القانون البحري الجديد، فلقد ألغيا الدفع بعدم قبول دعوى المسؤولية في حالتى هلاك للبضاعة أو تلفها. فالمادة ٢٣٩ من قانون التجارة البحرية تقضى بأنه عند حصول الهلاك أو التلف للبضاعة فيتعين على مسئولها إخطار الناقل بذلك كتابة في خلال يومى العمل التالين لليوم الذى حصل فيه التسليم، وإلا افترض أنه قد حصل تسليمها بالحالة المثبتة فى سند الشحن، اللهم إلا إذا استطاع الشاحن بعدئذ إقامة

(١١) أنظر فى هذا المعنى، الدكتور البارودى، مبادئ القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١٨٦. ومع ذلك فلقد حاول القضاء المصرى التضييق من نطاق الدفع بعدم القبول حملية للشاحن وللرسل إليهم. أنظر الأحكام المشار إليها فى مؤلف الدكتور البارودى، السابق، فى ص ص ١٨٦ - ١٨٨. وأيضاً حرصت محكمة النقض على عدم تطبيق هذا الدفع عند توالى شروط تطبيق معاهدة سندات الشحن، أنظر الطعن رقم ٣٠٤ سنة ٤٧ ق جلسة ١١/٢/١٩٨٠، موجود فى أحمد حسنى، قضاء النقل البحرى (١٩٨٠) فى ص ص ٤٩ - ٥٠. ومع ذلك فإن بعض الأحكام الأخرى التى تتشدد فى إعمال هذا الدفع، حيث ذهبت بعض الأحكام إلى أن الاحتجاج المنصوص عليه فى المادة ٢٧٤ هو شرط أساسى لقبول لقبول الدعوى، وليس لمجرد ثبات العجز أو التلف الذى لحق بالبضاعة، أنظر الطعن رقم ١٠٣٥ سنة ٤٩ ق جلسة ٢٨/١١/١٩٨٣، كذلك فلقد حكم بأنه لا يكفى لصحة الاحتجاج مجرد إرساله إلى الناقل فى خلال المدة المنصوص عليها فى المادة ٢٧٤ بحرئى وإنما يتعين فوق ذلك ثبات تسليمه إليه، أنظر الطعن رقم ٨٠٨ سنة ٥٠ ق جلسة ٢٥/٣/١٩٨٥ (هذان الحكمان مشار إليهما فى كتاب الدكتور أحمد حسنى، ملحق قضاء النقض البحرى، المشار إليه سابقا، فى ص ص ٥١ - ٥٢. وأنظر فى الشرط للجهرى وأثره على الدفع بعدم قبول دعوى المسؤولية: الدكتور هشام صادق، لتطبيق على أحكام محكمة النقض فى مسائل القانون البحرى (١٩٨٥ - الدار الجامعية)، فى ص ص ١٦٧ - ٢١٢. وأنظر بحث الدكتور أحمد حسنى، الدفع بعدم قبول دعوى المسؤولية على الناقل البحرى - مجلة الأكاديمية العربية للنقل البحرى، المجلد (١٠)، العدد ٢٠، (١٩٨٥).

الدليل على غير ذلك، هذا فى حالتى الهلاك الكلى أو التلف الظاهر. أما إذا كان الهلاك جزئياً أو للتلف غير ظاهر فإنه يجوز تقديم الإخطار خلال الخمسة عشر يوماً التالية للتسليم. على أنه لا يلزم تقديم الإخطار إذا تمت معاينة البضاعة وتم إثبات حالتها عند التسليم إما بحضور الناقل أو نائبه ومن تسلم البضاعة (١١٢).

وتتضمن المادة (١٩) من قواعد هامبورج حكماً مقارباً للحكم الوارد فى قانون التجارة البحرى فى هذا الخصوص، حيث يتعين حصول الإخطار عن الهلاك أو التلف الظاهر فى فى موعد لا يتجاوز يوم العمل التالى للتسليم. أما إذا لم يحصل الإخطار فى الموعد المحدد، فتقوم قرينة على أن البضائع قد تم تسليمها بحالتها. أما فى حالتى الهلاك الجزئى والتلف غير الظاهر فيتعين عمل الإخطار خلال خمسة عشر يوماً. وعلى أى الأحوال، لا يترتب على عدم حصول الإخطار إنشاء دفع بعدم القبول لمصالح للناقل البحرى (١١٣).

على أنه وإن كان هناك شبه اتفاق بين نص المادة ٢٣٩ بحرى، ونص المادة ١٩ من قواعد هامبورج، إلا أن هناك فارقاً، ولو أنه فارق بسيط، إلا

(١١٢) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون البحرى، فقرة ١٦٧. ومع ذلك فلقد أنشأ القانون البحرى الجديد دفعا بعدم قبول دعوى المسؤولية فى حالة التأخير حيث لا يستحق الشاحن أو المرسل إليه أى تعويضات إذا لم يحصل إخطار كتابى بحصول التأخير خلال ستين يوماً من تاريخ التسليم. أنظر المادة ٢٤٠/٤ من قانون التجارة البحرية، وأيضاً أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون، فقرة ١٦٨.

وأنظر كذلك الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى لقانون البحرى المشار إليه سابقاً فى ص ١٩٦ - ٢٠٠.

(١١٣) أنظر الدكتور سعد يحيى، مسؤولية الناقل البحرى، المشار إليه سابقاً فى ص ٧١ - ٧٢.

أنه على درجة كبيرة من الأهمية. ذلك أن المشرع المصري ضاعف المدة التي يجب حصول الاخطار خلالها، فجعلها يومين من أيام العمل التالية ليوم التسليم، بدلا من يوم عمل واحد كما هو مقرر في اتفاقية هامبورج (١١٤). ومما لا شك فيه أن إطالة المدة إلى يومين بدلا من يوم واحد يمثل حماية أوسع للمشاحين أو للمرسل إليهم، حيث تتاح لهم فرصة أكبر وفسحة من الوقت لفحص البضاعة وتحديد الهالك أو التلف منها لإخطار الناقل به، وبصفة خاصة عندما تكون البضاعة المنقولة والمسلمة من كميات كبيرة، ويستغرق تحديد التلف منها بعض الوقت، حتى ولو تعلق الأمر بتلف ظاهر.

ثانيا - تقادم دعوى المسؤولية

عالجت كل من المادة ٢٤٤ من قانون التجارة البحري، والمادة ٢٠ من قواعد هامبورج مسألة تقادم دعوى المسؤولية التي يمكن إقامتها في مواجهة الناقل البحري. ومرة أخرى نجد التشابه الكبير بين تنظيم هذه المسألة في كل من تشريعنا الوطني والاتفاقية الدولية المذكورة، فنجد أن مدة التقادم في كليهما أصبحت عامين. وهذه مدة أطول مما كان يقرها كل من القانون البحري الملغى ومعاهدة سندات الشحن، حيث كانت مدة التقادم في كليهما سنة واحدة.

(١١٤) ومن ثم فإن الاتفاقية الدولية تتبنى في هذا الخصوص حكما أشد من القانون المصري. أنظر في ذلك الدكتور هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري، المشار إليه سابقا في ص ١٩٦. وفي معنى مقارب أنظر الدكتور بهجت قايد، مسؤولية الناقل البحري، المشار إليه سابقا في ص ص ١٧٥ - ١٧٦، ١٧٨.

وتبدأ مدة التقادم فى القانون البحرى الجديد "بمضى سنتين من تاريخ تسليم البضائع أو من التاريخ الذى كان يجب أن يتم فيه التسليم" (١١٥). كما تقضى اتفاقية هامبورج ببدء هذه المدة "من يوم قيام الناقل بتسليم البضائع أو جزء منها، أو فى حالات عدم تسليم البضائع، من آخر يوم كان ينبغي أن يسلمها فيه". (١١٦)

وهذه المدة تعتبر كافية لحماية الشاحنين، لأن مدة التقادم المحددة بعلم واحد والتي كانت تنص عليها معاهدة سندات الشحن والقانون البحرى الملقى لم تكن فى الحقيقة كافية (١١٧)، مما كان يؤدى فى أحيان كثيرة إلى عدم إمكانية حصول الشاحن أو المرسل إليه على التعويض بسبب تقادم دعواه بمرور عام. ثم إن زيادة مدة التقادم إلى سنتين فى كل من اتفاقية هامبورج والقانون البحرى الجديد لا يخل بالتوازن فى العلاقة بين الناقل والشاحن، إذ من شأن هذه المدة المحافظة على حقوق الشاحن لفترة أطول، مع الحرص

(١١٥) أنظر المادة ٢٤٤ من قانون التجارة البحرية الجديد.

(١١٦) أنظر المادة ٢/٢٠ من اتفاقية هامبورج.

(١١٧) أنظر فى تقادم دعوى المسؤولية فى ظل القانون البحرى الملقى: الدكتور على البارودى، مبادئ القانون البحرى، المشار إليه سابقاً فى ص ص ١٨٩ - ١٩٠، وأنظر أيضاً فى شرح المادة (٢٧١) من القانون البحرى (الملقى) الدكتور سميحة القليوبى، القانون البحرى، المشار إليه سابقاً فى ص ص ٢٨١ - ٢٨٢. وأنظر فى تقادم دعوى المسؤولية فى ظل معاهدة سندات الشحن، الدكتور البارودى، المشار إليه فى ص ٢٣٣، والدكتور مصطفى طه، القانون البحرى المشار إليه سابقاً فى ص ص ٣٤٣ - ٣٤٧. ويلاحظ أن الفارق الجوهرى بين القانون البحرى الملقى ومعاهدة سندات الشحن هو بدء مدة التقادم، فبينما تبدأ هذه المدة - وفقاً للمعاهدة المذكورة - من تاريخ تسليم البضاعة أو من التاريخ الذى كان يجب فيه التسليم، أما فى القانون المصرى، فإن بدء المدة يكون من يوم وصول السفينة، أنظر الدكتور البارودى، المرجع السابق، فى ص ٢٣٣.

على إنهاء المنازعات المتعلقة بالنقل البحري في وقت سريع حتى لا تتراكم الدعاوى على الناقل (١١٨).

ومع هذا نجد بعض الاختلافات بين التقادم الذي قرره القانون البحري المصري، وذلك الذي جاءت به اتفاقية هامبورج (١١٩). هذه الاختلافات ولو أنها جزئية، إلا أنها تؤكد مرة أخرى حماية لومع للشاحنين والمرسل إليهم من جانب القانون المصري.

فمن ناحية أولى، نجد أن النص الولد في اتفاقية هامبورج يقضى بتقادم أى دعوى تتعلق بنقل البضائع إذا لم تتخذ إجراءات التقاضى أو (التحكيم) خلال مدة سنتين من يوم قيام الناقل بتسليم البضائع أو جزء منها بينما نجد أن النص المصري يقضى بسرمان التقادم عند عدم اتخاذ أى إجراء من إجراءات التقاضى، دون ذكر للتحكيم. ومن ثم فإنه طبقا لاتفاقية هامبورج إذا تضمن عقد للنقل البحري شرط لتقديم للتحكيم، ولم تتخذ إجراءاته خلال سنتين، فمعنى ذلك تقادم أى دعوى ترفع مثلا لإجبار الناقل على التقديم للتحكيم أو لإنفاذ اتفاق التحكيم أو لإجبار الناقل مثلا على تنفيذ حكم التحكيم (إذا كانت العملية التحكيمية بدلت هى الأخرى بعد مرور عامين). أما النص المصري فلقد جاء، كما قلنا، خاليا من الإشارة إلى التحكيم، واقتصر فقط على الإشارة على أن التقادم يسرى على الدعاوى الناشئة عن عقد النقل البحري بمرور عامين دون اتخاذ إجراءات رفع الدعوى

(١١٨) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة البحرية، فقرة ١٧٢.

(١١٩) وفى هذه الاختلافات، أنظر الدكتور بهجت قايد، مسؤولية الناقل البحري، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١٨٩ - ١٩٢.

مثلا أو القيام بأى إجراء من شأنه قطع مدة التقادم. وعليه، إذا تضمن عقد النقل البحرى شرطا يقضى بتقديم المنازعات التى تنشأ عنه الى التحكيم، ومر عامان دون اتخاذ اجراءات التحكيم، فلا ينقضى حق الشاحن فى الإلتجاء إلى التحكيم، كما لا ينقضى حقه فى اتخاذ بعض الاجراءات القضائية كالدعوى التى تقام على الناقل مثلا لانفاذ الاتفاق على التحكيم أو لإجبار الناقل على تنفيذ حكم المحكم، حتى بعد مرور عامين. وإغفال المشرع لسريان مدة التقادم القصير على التحكيم، ينم عن فهم وتقدير للتحكيم باعتباره وسيلة غير قضائية لفض المنازعات؛ وبصفة خاصة، أن وقتا طويلا قد ينقضى فى مفاوضات غير علنية بين الطرفين، وخاصة فى الشحنات الضخمة، قبل البدء فى اتخاذ اجراءات التحكيم. ولا شك أن هذه حماية أوسع يوفرها القانون المصرى للشاحن بحيث لا يعدم كل الوسائل اللازمة لاقتضاء حقه فى التعويض (١٢٠).

ومن ناحية ثانية، فإن مدة التقادم القصير تنطبق فى اتفاقية هامبورج على "أية دعوى تتعلق بنقل بضائع". ومعنى ذلك أن نطاق التقادم القصير يتسع ليشمل أى دعوى ترفع على أساس هذه الاتفاقية طالما كانت بسبب نقل البضائع، وهذا يشمل جميع الدعاوى التى ترفع من الشاحن على الناقل أو العكس أو تلك التى ترفع من الشاحن على الناقل أو العكس أو تلك التى ترفع من الغير، وسواء كان أساس رفع الدعوى هو الخطأ العقدى أم الخطأ

(١٢٠) ومع ذلك، فإن الدكتور هانى دويدار يذهب عكس هذا الراى حيث يرى أن أحكام التقادم تسرى سواء تم رفع الدعوى أمام القضاء أو اتفق على إحالتها إلى التحكيم. أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، للمشار إليه سابقا فى ص ٢٠١.

التقصيرى. أما نص المادة ٢٤٤ من قانون التجارة البحرى فهو يقضى بأن تنقضى الدعاوى الناشئة عن عقد نقل البضائع". ومعنى ذلك - فى رأينا - أن نطلق التقادم للتصير ينحصر فى أسباب الدعاوى العقدية أو التى أساسها الخطأ العقد الناشئ عن عقد نقل البضائع. أما الدعاوى المؤسسة على الخطأ التقصيرى فلا يشملها النص (١٢١).

ومن ناحية ثالثة، فإن نص المادة ٢/٢٠ من اتفاقية هامبورج يقضى بأن مدة التقادم تسرى من يوم قيام الناقل بتسليم البضائع أو بتسليم جزء منها". أما النص الوارد فى قانون التجارة البحرى فيقضى ببدء هذه المدة من تاريخ تسليم البضائع". وعليه، فهناك فارق هام بين النصين. ذلك أنه طبقاً لتواعد هامبورج يمكن أن تبدأ مدة التقادم حتى ولو قام الناقل بتسليم جزء من البضائع، ولا شك أن فى ذلك خطورة كبيرة على الشاحن حيث قد يستغرق اتمام التسليم لكل البضاعة وقتاً طويلاً، بينما تكون مدة التقادم قد بدأت منذ تسليم جزء من هذه البضاعة، مما قد يودى الى إهدار حق الشاحن فى التمتع بمدة السنتين لإقامة دعوى المسؤولية. أما للقانون المصرى، فلقد تغادى هذه الانتقادات وجعل بدء احتساب مدة التقادم من تمام حصول التسليم لكل البضاعة. وفى ذلك حماية أكبر للشاحنين حتى لا تضيع عليهم المدة التى يجوز خلالها إقامة دعوى المسؤولية (١٢٢).

(١٢١) انظر فى هذا المعنى الدكتور هاتى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع السابق، فى ص ٢٠٢.

(١٢٢) انظر فى معنى قريب، الدكتور بهجت فايد، مسئولية الناقل البحرى، المشار إليه سابقاً، فى ص ١٩٠.

وأخيراً، فلقد تفوق النص المصري على النص الوارد في اتفاقية هامبورج في صدد الأسباب التي من شأنها قطع مدة التقادم (١٢٣)، ذلك أن قواعد هامبورج لم تذكر إلا سببا وحيدا بقطع التقادم وهو قيام الشاحن بتوجيه إعلان كتابي إلى الناقل يتضمن المطالبة. أما نص المادة ٢/٢٢٤ من قانون التجارة البحرية فلقد توسع في حماية الشاحن بتقرير العديد من الأسباب التي تؤدي إلى قطع التقادم وهي:

- ١ - خطاب مسجل بعلم الوصول.
- ٢ - تسليم المستندات المتعلقة بالمطالبة.
- ٣ - ندب خبير لتقدير الأضرار.
- ٤ - الأسباب الأخرى المقررة في القانون المدني.

(١٢٣) انظر الدكتور هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري، المشار إليه سابقا في ص ٢٠١ - ٢٠٢.

المبحث الثانى شل فعالية قواعد المسؤولية فى القانون البحرى الجديد عن حماية الشاحن المصرى

تمهيد ونقسيم:

رأينا فى المبحث الأول من هذه الدراسة أن المشرع المصرى، ولو أنه قد اقتبس للكثير من قواعد هامبورج، والتي تستهدف بالدرجة الأولى حماية الشاحنين، إلا أنه - وفى مواضع كثيرة - لم ينقل هذه القواعد نقلا حرفيا، بل تفوق عليها فى أسلوب وأبعاد الحماية التى قرر إسباغها على الشاحنين. لكن هذه الحماية المرجوة للشاحن المصرى والتي كرسها تشريعنا الوطنى أصابها الشلل بسبب نفاذ قواعد هامبورج، فأصبحت معطلة عن السريان فى مجال النقل البحرى الدولى للبضائع، وذلك بسبب اتساع نطاق تطبيق الاتفاقية الدولية للجديدة (قواعد هامبورج)، مما يترتب عليه إهدار الغايات التى كان مشرعنا الوطنى يستهدف تحقيقها وهى إضفاء أكبر قدر من الحماية على الشاحنين، تفوق حتى ما تم إقراره فى هامبورج. بل إنه يثور شك فى إضفاء الحماية على الشاحنين فى النقل الساحلى، حيث أن المشرع نفسه عطل هذه الحماية فى أحيان كثيرة كما سنرى. أضف إلى ذلك أن الحماية التى حاول المشرع الوطنى إسباغها على الشاحنين بمقتضى المادة ٢٤٧ بحرى فى حال اللجوء إلى التحكيم البحرى لفض المنازعات قد تتعطل فى أحيان معينة سوف نناقشها من خلال هذا المبحث أيضا. وعليه، يمكن تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: انعكاسات نفاذ اتفاقية هامبورج على نطاق تطبيق القانون
البحرى المصرى الجديد.

المطلب الثانى: مدى حماية الشاحنين المصريين فى النقل البحرى الداخلى.
المطلب الثالث: امكانية تعطيل فاعلية الجزاء المنصوص عليه فى المادة
٢٤٧ بحرى عند الاتفاق على تقديم المنازعات للتحكيم.

المطلب الأول

انعكاسات نفاذ اتفاقية هامبورج على نطاق تطبيق القانون البحرى المصرى الجديد

أصبحت اتفاقية هامبورج نافذة على المستوى الدولى بعد اكتمال العدد اللازم من تصديقات الدول عليها. كما صدر قرار وزير الخارجية المصرى بنفاذ قواعد هذه الاتفاقية فى مصر. وبهذا، فإن النقل البحرى الدولى فى مصر سيكون محكوماً بأحكام قواعد هامبورج، وذلك فى النطاق المحدد لها، وهو - كما سنرى - نطاق واسع للغاية، مما يؤثر إلى أبعد الحدود على النطاق الذى يتعين أن تسرى فيه قواعد قانون التجارة البحرى الجديد.

أولاً: اتساع نطاق تطبيق اتفاقية هامبورج لتحكم بطريقة استثنائية النقل البحرى الدولى فى مصر:

عالجت المادة الثانية من اتفاقية هامبورج النطاق الذى تسرى عليه قواعدها فيه. وتنص هذه المادة على أن:

١ - تسرى أحكام هذه الاتفاقية على جميع عقود النقل البحرى بين دولتين مختلفتين:

(أ) إذا كان ميناء الشحن المنصوص عليه فى عقد النقل البحرى واقعاً فى دولة متعاقدة، أو

(ب) إذا كان ميناء التفريغ المنصوص عليه فى عقد النقل البحرى واقعاً فى دولة متعاقدة، أو

(ج) إذا كان أحد موثقي التفريغ الاختيارية المنصوص عليها في عقد النقل البحري هو الميناء الفعلي للتفريغ وكان هذا الميناء واقعا في دولة متعاقدة، أو

(د) إذا كان صدور سند الشحن أو أية وثيقة أخرى مثبتة لعقد النقل البحري قد تم في دولة متعاقدة، أو

(هـ) إذا كان منصوبا في سند الشحن، أو الوثيقة الأخرى المثبتة لعقد النقل البحري على أن يخضع للعقد لأحكام هذه الاتفاقية أو لقانون أصدرته أى دولة لانفاذ هذه الأحكام.

٢ - تسرى أحكام هذه الاتفاقية دون اعتبار لجنسية السفينة، أو الناقل، أو الناقل الفعلي، أو الشاحن، أو المرسل إليه، أو أى شخص من أصحاب الشأن.

٣ -
٤ -
١٢٤).

ويتضح من هذا النص أن النقل البحري، لى يخضع لأحكام الاتفاقية، يجب أن يكون دوليا وفقا للمفهوم الذى حددته المادة الثانية منها، بشرط أن يكون ميناء الشحن أو التفريغ المنصوص عليه فى عقد النقل البحري واقعا فى دولة متعاقدة، أو إذا كان ميناء التفريغ الاختيارى واقعا فى دولة متعاقدة، أو إذا صدر سند الشحن أو أية وثيقة أخرى مثبتة لعقد النقل البحري فى احدى الدول المتعاقدة، وأخيرا، إذا نص فى سند الشحن على خضوع النقل لأحكام

(١٢٤) المادة الثانية من اتفاقية هامبورج، الجريدة الرسمية للعدد ٢٥ سنة ١٩٩٢، فى ص ١٣١٧ - ١٣١٨.

الاتفاقية، أو لقانون أصدرته أى دولة لانتفاذ هذه الأحكام. كما يلاحظ أيضا أن أحكام الاتفاقية تسرى دون اعتداد بجنسية نوى الشأن فى عقد النقل البحرى (١٢٥).

فمن ناحية أولى، تقضى الاتفاقية بمرىان أحكامها على النقل البحرى الدولى للبضائع دون النقل البحرى الداخلى. فقواعد هامبورج تنطبق على النقل البحرى بين ميناءين تابعين لدولتين مختلفتين، ولا مجال لانطباقها على النقل البحرى للبضائع الذى يقع بين ميناءين تابعين لدولة واحدة حتى ولو كانت هذه الدولة طرفا فى الاتفاقية (١٢٦). وتطبيقا لذلك، فلا تنطبق أحكام الاتفاقية على النقل البحرى بين ميناءين مصريين (على الرغم من أن مصر دولة مصدقة على الاتفاقية)، وذلك بالنظر إلى فقدان للصفة الدولية للنقل بالمعنى الجغرافى الذى حددته الاتفاقية.

والاتفاقية، وإن اشترطت ضرورة حصول النقل بين ميناءين مختلفين، إلا أنها لم تشترط أن يكون هذان الميناءان تابعين لدولتين متعاقدتين.

(١٢٥) أنظر فى شرح نطاق تطبيق قواعد هامبورج بحث الدكتور هشام على صادق، بعنوان: نطق تطبيق أحكام كل من اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨ وللتشريع البحرى الجديد لسنة ١٩٩٠ فى شأن عقود نقل البضائع بحرا، بحث مقدم إلى مؤتمر القاهرة - الاسكندرية عن التحكيم، تحت رعاية مركز القاهرة الاكاديمى للتحكيم التجارى الدولى (أكتوبر ١٩٩٢)، وبصفة خاصة فى ص ص ٣ - ١٤ (من البحث لمشار إليه).

(١٢٦) أنظر الدكتور هشام صادق، البحث السابق، بعنوان نطق تطبيق أحكام كل من اتفاقية هامبورج ... فى ص ٥؛ الدكتور سعيد يحيى، مسئولية النقل البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ٢٦.

ومع هذا، فإن الاتفاقية وضعت بعض الضوابط لهذا السريان المكاني الذي حدثته، هذه الضوابط في مجموعها تشير على ضرورة ارتباط النقل، في الأغلب الأعم من الحالات، بإحدى الدول المتعاقدة. وعند تخلف أحد هذه الضوابط، فإنه ينبغي لكى تسرى قواعد الاتفاقية، أن تنصرف إرادة الأطراف إلى ذلك. وبعبارة أخرى، فإن اتفاقية هامبورج قد اعتقت، وعلى غرار بروتكول ١٩٦٨ المعدل لمعاهدة سندات الشحن، ما يعرف بالشرط الجوهري أو شرط بارامونت Paramount Clause.

وأول هذه الضوابط التى تؤدي إلى تطبيق قواعد هامبورج هو وقوع ميناء الشحن المذكور فى عقد النقل للبحرى فى إحدى الدول المتعاقدة (١٢٧). فبمجرد كون ميناء الشحن المنصوص عليه فى العقد واقعاً فى إحدى الدول الأطراف فى الاتفاقية، تعين تطبيق أحكام هذه الأخيرة بطريقة تلقائية، بغض النظر عما إذا كان ميناء التفريغ يقع هو الآخر فى دولة متعاقدة أخرى. وتطبيقاً لذلك إذا كان ميناء الشحن المذكور فى سند الشحن هو ميناء الاسكندرية فى مصر (ومصر دولة متعاقدة)، وكان ميناء التفريغ هو ميناء (مرسيليا) فى فرنسا (وفرنسا دولة غير متعاقدة)، وجب إخضاع النقل لأحكام قواعد هامبورج.

(١٢٧) المادة ١/٢ (أ) من اتفاقية هامبورج وفى تطبيق ذلك على دولة المغرب بإعتبارها دولة طرف فى الاتفاقية، انظر مقالة:

Hassania CHERKAOUT, Portée Juridique et économique des Règles de Hambourg ..

المقالة المشار إليها سابقاً فى مجلة للقانون البحرى الفرنسى العدد ٥٢٤، (١٩٩٣) وبصفة خاصة فى ص ١٣٣.

أما الضابط الثاني الذى يؤدى إلى سريان أحكام قواعد هامبورج، فهو أن يكون ميناء التفريغ المذكور فى عقد النقل البحرى ولقعا فى إحدى الدول المتعاقدة (١٢٨). وتطبيقا لذلك، إذا كان ميناء التفريغ المنصوص عليه فى العقد هو ميناء الاسكندرية فى مصر، وكان الشحن قد بدأ من ميناء جنوة بإيطاليا، فإنه يتعين تطبيق قواعد هامبورج على هذا النقل على الرغم من أن ميناء الشحن المذكور فى العقد تابع لإيطاليا، وهى دولة غير متعاقدة.

أما الضابط الثالث الذى يؤدى إلى سريان الاتفاقية بطريقة تلقائية فهو النص فى عقد النقل البحرى على عدة موانئ اختيارية للتفريغ، فإذا كان أحد هذه الموانئ هو الميناء الفعلى للتفريغ، وكان هذا الميناء واقعا فى دولة متعاقدة، كان من المتعين سريان قواعد هامبورج (١٢٩). ومثال ذلك أنه إذا تم شحن بضاعة من ميناء مرسيليا فى فرنسا (وهى دولة غير طرف فى الاتفاقية)، وكان مذكورا فى سند الشحن إمكانية حصول التفريغ إما فى ميناء جنوة فى إيطاليا، أو فى ميناء بيريه فى اليونان (وكل من إيطاليا واليونان ليسا طرفين فى الاتفاقية)، أو فى ميناء الاسكندرية فى مصر، فإنه يتعين تطبيق قواعد هامبورج على هذا النقل، فى هذا المثال، إذا حصل التفريغ فى ميناء الاسكندرية، باعتبار أن هذا الميناء الأخير، وهو ميناء التفريغ الفعلى واقعا فى دولة طرف فى الاتفاقية. أما لو حصل تفريغ البضاعة، فى هذا المثال أيضا فى ميناء بيريه مثلا، فلا تنطبق قواعد هامبورج.

(١٢٨) المادة ١/٢ (ب) من اتفاقية هامبورج. وراجع فى تطبيق ذلك على المغرب مقالة CHERKAOUI السابق الإشارة إليها، فى ص ١٣٤.

(١٢٩) المادة ١/٢ (ج) من اتفاقية هامبورج.

أما الضابط الرابع، فهو مجرد صدور سند الشحن البحرى، أو أى وثيقة أخرى يكون من شأنها إثبات عقد للنقل البحرى للبضائع فى إحدى الدول المتعاقدة (١٣٠). ومن ثم ، فلا يشترط فى هذه الحالة - لسريان قواعد هامبورج - أن يكون أى من ميناءى الشحن أو التفريغ واقعا فى إحدى الدول الأطراف فى الاتفاقية، إذ يكفى (صدور) سند الشحن فى أى دولة متعاقدة. ومثال ذلك، صدور سند الشحن فى مصر، وحصول للنقل بين طرابلس فى ليبيا ومرسيليا فى فرنسا (وكل من ليبيا - باعتبارها الدولة التى يتبعها ميناء الشحن - وأيضاً فرنسا - باعتبارها الدولة التابع لها ميناء التفريغ - ليستا دولتين طرفين فى الاتفاقية). وعليه، فلا يشترط - لسريان أحكام قواعد هامبورج - حصول النقل بين دولتين متعاقدين، بل ولا يشترط أن تكون إحدى هاتين الدولتين طرفا فى الاتفاقية إذ يمكن تطبيق هذه القواعد بمناسبة حصول النقل بين دولتين كلتاهما ليستا طرفين فى اتفاقية هامبورج، لمجرد صدور سند الشحن فى دولة ثالثة متعاقدة، حتى ولو لم ترتبط هذه الدولة الأخيرة - مكانيا - بعملية النقل البحرى ذاتها. ولا شك أن فى ذلك توسعة كبيرة لسريان أحكام قواعد هامبورج.

أما الضابط الأخير الذى يمكن على أساسه تطبيق قواعد هامبورج، فهو إدراج شرط فى سند الشحن أو فى أية وثيقة أخرى مثبتة لعقد النقل البحرى يقضى بسريان هذه القواعد أو بسريان أحد التشريعات الوطنية التى تأخذ بها. ومعنى ذلك أنه على افتراض غياب أحد الضوابط الأربعة السابقة اللازم وجودها لإعمال قواعد الاتفاقية، فإنه تظل مع ذلك هناك فرصة لتطبيق هذه

القواعد فيما لو اتفق الأطراف على الأخذ بها في شرط يتم وضعه في سند الشحن أو في أية وثيقة أخرى مثبتة للعقد، أو بالإحالة إلى قانون يأخذ بهذه القواعد (١٣١). وهذا ما يعرف بالشرط الجوهري، والذي سبق لبروتكول عام ١٩٦٨ تقريره.

وبصفة عامة، فلنا على نص المادة الثانية من قواعد هامبورج ملاحظتان:

أما الملاحظة الأولى، فهي أن نطاق التطبيق المكاني لاتفاقية هامبورج أوسع كثيرا مما كانت تقرر معاهدة سندات الشحن لعام ١٩٢٤، مع بروتكولها المعدل لعام ١٩٦٨. ذلك أن معاهدة سندات الشحن - قبل تعديلها - كانت تقضي بسلامة أحكامها على كل سند شحن صدر في إحدى الدول المتعاقدة، مع الأخذ في الاعتبار ضرورة تصاف النقل بالدولية، أي أن يكون بين مينائين تابعين لدولتين مختلفتين، على أن تكون إحدى هاتين الدولتين - على الأقل - طرفا في المعاهدة (١٣٢). ولا شك أن نطاق التطبيق الذي حددته هذه المعاهدة نطاق ضيق إذ كان يفت من هذا النطاق النقل بين دولتين طرفين في المعاهدة، إذا لم يصدر سند الشحن في دولة متعاقدة، أو إذا لم ينتم كل من الشاحن والناقل بجنسيتهما إلى إحدى الدول المتعاقدة. صحيح إن بروتكول عام ١٩٦٨ قد توسع في النطاق الذي تسري فيه المعاهدة، بحيث أصبح من الممكن أيضا إعمال أحكامها إذا كان النقل قد بدأ

(١٣١) المادة ١/٢ هـ من اتفاقية هامبورج.

(١٣٢) راجع في شروط تطبيق معاهدة بروكسل قبل تعديلها ببروتكول عام ١٩٦٨، الدكتور مصطفى طه، القانون البحري، المشار إليه سابقا في ص ٢٠٠ - ٣٠١.

من ميناء تابع لدولة متعاقدة، حتى ولو لم يصدر سند الشحن في هذه الدولة، كصدوره مثلا في دولة غير طرف في المعاهدة، كما أصبح من الممكن تطبيق المعاهدة - بعد تعديلها - إذا وضع الأطراف شرطا في سند الشحن يفضى إلى الأخذ بها أو تطبيق تشريع وطني يأخذ بأحكامها، وذلك كله دون اعتداد بجنسية الشاحن أو الناقل أو المرسل إليه، لوجنسية السفينة (١٣٣).

وعلى الرغم من التوسعة التي أصابت نطاق تطبيق معاهدة سندات الشحن بعد تعديلها عام ١٩٦٨، إلا أن تطبيقها، مع هذا، لم يكن استثنائيا في مجال النقل البحري الدولي للبضائع، إذ كانت الفرصة مواتية لتطبيق أحكام القانون المصرى (الملغى) على هذا النوع من النقل في الفروض التي لا تشملها المعاهدة. فخذ مثلا الفرض الذى تشحن فيه بضاعة من دولة غير طرف في المعاهدة، ويكون ميناء التفريغ هو أحد الموانئ المصرية (١٣٤)، وهو فرض عملى كثير الوقوع، وبصفة خاصة أن مصر دولة شاحنين، تعتمد فى جانب كبير من تجارتها على الاستيراد من الخارج. ففى هذا الفرض الأخير، كان من الممكن القول بتطبيق قواعد القانون البحرى (الملغى) على النقل الدولى للبضائع، إذ لم يرد ما يدل على رغبة المشرع المصرى فى قصر نطاق تطبيق هذه القواعد على النقل الداخلى.

(١٣٣) راجع فى شروط تطبيق معاهدة سندات الشحن بعد تعديلها عام ١٩٦٨، للدكتور

مصطفى طه، القانون البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ص ٣٠١ - ٣٠٢.

(١٣٤) فى نفس المعنى، انظر للدكتور هشام صادق، نطاق تطبيق أحكام كل من اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨، البحث المشار إليه سابقا، فى ص ٨.

أما بعد نفاذ قواعد هامبورج، فلقد بليت من الصعب جدا، بل ويكاد يكون من الفروض المستحيلة تصور تطبيق القانون البحرى المصرى الجديد على النقل الدولى البحرى للبضائع (١٣٥). فالأسس التى يمكن بمقتضاها تطبيق قواعد هامبورج تشمل بطريقة استثنائية أى نقل بحرى للبضائع من أو إلى مصر. فقواعد هامبورج، كما اسلفنا، يتعين تطبيقها إذا كان أحد الموانئ المصرية هو الميناء المذكور فى عقد النقل، وسواء كان هذا الميناء هو ميناء الشحن أو ميناء التفريغ، يستوى فى ذلك أن يكون الميناء الآخر الذى سيتم تصدير البضاعة إليه (أى ميناء التفريغ) أو الميناء الذى يحصل استيراد البضاعة منه (أى ميناء الشحن) تابعا أو غير تابع لدولة طرف فى اتفاقية هامبورج. بل إن قواعد هامبورج تسرى حتى فى الحالة التى لا يتم فيها الشحن من مصر، وحتى فى الحالة التى لا يكون فيها أحد الموانئ المصرية مذكورا فى سند الشحن فى مصر أو فى أى دولة متعاقدة، وذلك إذا تم التفريغ (فعلا) فى مصر (وكان الميناء المصرى الذى تم فيه التفريغ) هو أحد الموانئ (الاختيارية) المنصوص عليها فى عقد النقل البحرى.

والحقيقة أن سريان قواعد هامبورج على النقل البحرى للبضائع فى مصر بناء على أى ضابط من الضوابط الأربعة الأولى التى ذكرتها المادة ١/٢ من اتفاقية هامبورج أصبح يثير التساؤل عن جدوى الشرط الجوهري الذى قد يتفق فيه كل من الناقل والشاحن على الأخذ بقواعد هامبورج، أو أى قانون يأخذ بأحكامها؟ فى الواقع إنه لن يكون من المتصور أن يحرص أى من الشاحن أو الناقل على وضع هذا الشرط فى عقد النقل البحرى، إذ أن (١٣٥) فى معنى مقارب، أنظر الدكتور هشام صادق، للبحث السابق بعنوان نطق تطبيق أحكام كل من اتفاقية هامبورج، فى ص ٩.

قواعد هامبورج سوف تنطبق بطريقة تلقائية على (جميع) عقود النقل البحرى للبضائع من مصر إلى الخارج أو بالعكس. ومن ثم فلا يوجد أى تأثير لوجود أو عدم وجود الشرط الجوهرى فى عقد النقل البحرى للبضائع فى تجارة التصدير أو الاستيراد فى مصر، إذ أن قواعد هامبورج سوف تنطبق بأسلوب تلقائى (١٣٦).

على أنه وإن اختلفت الفائدة التى يمكن أن يعول الأطراف عليها عند وضع الشرط الجوهرى فى عقد النقل البحرى من أو إلى مصر، إلا أن ذلك لا يعنى عدم جدوى الضابط الخاص بتطبيق قواعد هامبورج بناء على الشرط الجوهرى (م ١/٢ هـ) صفة عامة، وإلا أفضى ذلك إلى القول بأن المادة ١/٢ هـ من قواعد هامبورج تمثل لغوا، وهو ما ننزه عنه المشرع الدولى. إنما يمكن القول بأن تطبيق قواعد هامبورج بناء على الشرط الجوهرى تظهر أهميته فى النقل البحرى للبضائع فى الفروض التى لا يكون فيها أى من ميناءى الشحن أو التفريغ واقعا فى إحدى الدول المتعاقدة، ولم يصدر سند شحن فيها. يكون ذلك فى حالة النقل بين دولتين غير متعاقدين، مع تخلف صدور سند شحن فى أى دولة متعاقدة؛ هنا يمكن لطرفى عقد النقل وضع شرط بمقتضاه يتم الأخذ بأحكام الاتفاقية. ومثال ذلك حصول النقل بين ميناءى بيريه فى اليونان وجنوة فى إيطاليا مع صدور سند الشحن فى إحدى هاتين الدولتين أو فى دولة ثالثة ليست طرفا فى اتفاقية هامبورج، واتفاق الشاحن والناقل على الأخذ بقواعد هامبورج. فى هذا المثال، لولا وجود الشرط الجوهرى، لما كان هناك محل لتطبيق قواعد هامبورج. وبعبارة

(١٣٦) فى نفس المعنى، أنظر للدكتور هشام صادق، فى بحثه بعنوان نطاق تطبيق أحكام كل من اتفاقية هامبورج، المشار إليه سابقا، فى ص ص ٨ - ٩.

وجيزة، تنحصر أهمية الشرط الجوهري بالنسبة للنقل الواقع بين دولتين غير طرفين فى اتفاقية هامبورج، لأن النقل الذى تكون فيه أحد الدول الأطراف فى الاتفاقية المذكورة بمثابة ميناء الشحن أو التفريغ أو مكان صدور سند الشحن تنطبق عليه قواعد هامبورج دون الحاجة إلى اشتراط ذلك بين طرفى عقد النقل.

ولكن يثور التساؤل عما إذا كان إعمال الشرط الجوهري والمؤدى إلى تطبيق قواعد هامبورج يتم بناء على إعمال فكرة السريان الذاتى أو التلقائى للاتفاقية أم أنه لا يعدو أن يكون سرياناً اتفاقياً أى تطبيقاً لقانون الإرادة؟ تظهر أهمية الإجابة عن هذا التساؤل فى أنه لو اعتبرنا أن سريان الاتفاقية اتفاقياً أى بناء على قانون الإرادة، فمعنى ذلك خضوع عقد النقل البحرى للقواعد الموضوعية الواردة فى الاتفاقية، دون قواعد الإجراءات، أما لو اعتبرنا السريان تلقائياً، فإنه يتعين تطبيق قواعد الاتفاقية سواء ما تعلق منها بالموضوع أو بالإجراءات.

وهناك اتجاه جدير بالتقدير يذهب إلى أن مجرد توفر الشرط الجوهري - فى الحالة محل النقاش - يودى إلى سريان اتفاقية هامبورج تلقائياً أو بناء على قوتها الذاتية، ذلك أن المادة الثانية من هذه الاتفاقية لم توجد أى نوع من التفرقة فى تطبيق أحكامها بناء على أى من الضوابط الخمسة التى نصت عليها كأساس للتطبيق. فلا فرق بين أن يتم تطبيق الاتفاقية مثلاً بناء على صدور سند الشحن فى إحدى الدول المتعاقدة، أو بناء على وجود أى من ميناء الشحن أو التفريغ فى إحدى هذه الدول، أو أخيراً، بناء على اتفاق

الأطراف على تطبيقها. والشرط الجوهرى - كغيره من الضوابط الأخرى التى ذكرتها المادة الثانية من الاتفاقية - يودى إلى ضرورة إعمال الاتفاقية "بمالها من قوة سريان ذاتى، وفور تحقق شروط هذا الانطباق كما حددته الاتفاقية ذاتها، وهو اتفاق أطراف العقد على ذلك" (١٣٧).

والحقيقة أننا لم نكن لنتردد فى تأييد الاتجاه السابق لو أن دعوى المسؤولية التى يرفعها الشاحن مثلاً ستكون أمام جهة اختصاص قضائى تابعة لأحد الدول الأطراف فى اتفاقية هامبورج. ولكن فى الفرض الذى نحن بصددده فإن الشرط الجوهرى المذكور فى العقد ينصرف إلى نقل بين ميناءى دولتين غير طرفين فى الاتفاقية، ومع هذا أراد طرفا العقد إخضاعه لقواعد هامبورج بناء على شرط اتفاقى بينهما. هنا الشاحن - عادة - سيقم دعوى المسؤولية فى أحد الأماكن التى عينتها المادة ٢١ من اتفاقية هامبورج وهى إما ميناء الشحن أو ميناء التفريغ، أو المحل الرئيسى لعمل الناقل أو محله المعتاد، أو مكان إبرام العقد بشرط وجود محل عمل أو فرع أو وكالة للمدعى عليه فيه، أو أى مكان آخر يعينه الأطراف لنظر النزاع. هذه الأماكن الاختيارية التى قررها النص ستقع - فى فرضنا - فى الأغلب الأعم من الأحوال فى جهة اختصاص قضائى تابعة لإحدى الدول غير الأطراف فى هامبورج. وعليه، فإن المحكمة المختصة التى قد تقع فى أى من ميناءى الشحن أو التفريغ ستكون حتماً فى دولة غير طرف فى الاتفاقية، بإعتبار أن النقل فى فرضنا يتم بين دولتين غير متعاقبتين. أما بالنسبة لمكان عمل الناقل الرئيسى أو محله المعتاد، فإن المحكمة المختصة التى تقع فى هذا المكان

(١٣٧) أنظر الدكتور هشام صادق، للبحث السابق، فى ص ٨.

مستكون في الأغلب - في الفرض الذي نعالجه - في دولة غير طرف في الاتفاقية باعتبار أن الدول الأطراف - حتى الآن - هي من دول الشاحنين، إنما ذلك لا يمنع أن يكون للنقل البحري مكان أو محل عمل رئيسي في أحد هذه الدول الأطراف، لكن هذا سيكون من قبيل الصدفة البحتة. كذلك ليس من الفروض الغالبة - وفي نقل يتم بين ميناءين لدولتين غير طرفين في الاتفاقية - أن يكون إبرام العقد في دولة متعاقدة يكون للنقل فيها فرع أو وكالة أو محل عمل وأبرم العقد عن طريقها، وذلك إن حدث، فهو لا يشكل فرضاً شائعاً. والنتيجة التي نستخلصها من كل الافتراضات السابقة هي أنه إذا حصل النقل البحري بين ميناءي دولتين غير طرفين في الاتفاقية، فإن هذا النقل لا يمكن بحسب الأصل إخضاعه لقواعد هامبورج، وإن جاز للأطراف الاتفاق على ذلك بمقتضى الشرط الجوهري، وفي هذه الحالة فإن دعوى المسؤولية المرفوعة مستكون - كما رأينا - أمام جهة اختصاص قضائي لدولة غير متعاقدة، في الأغلب من الحالات. هنا من الصعب القول بأن القاضي الأجنبي - في محكمة تابعة لدولة غير متعاقدة - سيلتزم بتطبيق قواعد هامبورج بطريقة تلقائية بناء على فكرة الأعمال الذاتية للاتفاقية، ولكن الأوفق القول بأن هذا القاضي سيقوم بتطبيق هذه القواعد التي انصرفت إليها إرادة الأطراف باعتبارها قانون الإرادة الواجب تطبيقه على عقد النقل البحري. ومع هذا، فإن الفرض الوحيد الذي يمكن فيه القول بإمكان تطبيق الاتفاقية تطبيقاً تلقائياً - بناء على توفر الشرط الجوهري في عقد النقل - يكون في حالة رفع دعوى المسؤولية أمام جهة اختصاص قضائي تابعة لإحدى الدول الأطراف في اتفاقية هامبورج. ويحصل ذلك عندما يعين الأطراف - عند وضع الشرط الجوهري - في العقد مكاناً معيناً لاقامة دعوى المسؤولية

بحسب ما تقتضى به المادة ٢١/ء من قواعد هامبورج، ويتصادف أن يكون هذا المكان فى إحدى الدول الأطراف فى الاتفاقية. هنا - فقط - يمكن القول بأن هذا القاضى للجالس فى محكمة تابعة لإحدى الدول الأطراف فى الاتفاقية، عليه تطبيق قواعدها بطريقة ذاتية أو تلقائية بالنظر إلى أن دولته عليها التزام دولى بتطبيق كل الأحكام الواردة فيها، سواء ما تعلق منها بالموضوع أو بالإجراءات.

أما الملاحظة الثانية، التى نوردتها على نص المادة الثانية من اتفاقية هامبورج، فهى عدم اشتراطها أن يكون أى من الشاحنين أو الناقل، أو الناقل الفعلى أو المرسل إليه أو أى شخص من ذوى الشأن تابعين بجنسياتهم إلى أى دولة من الدول المتعاقدة فى الاتفاقية المذكورة (١٣٨).

وتطبيقا لذلك فإن النقل البحرى للبضائع الذى يحصل مثلا بين شركة نقل فرنسية وشاحن برازىلى، ويكون ميناء التفريغ هو ميناء الاسكندرية فى مصر، فإن هذا النقل يخضع لأحكام اتفاقية هامبورج على الرغم من أن كلا من الشاحن والناقل لا ينتميان بجنسيتهم إلى إحدى الدول الأطراف فى الاتفاقية المذكورة.

(١٣٨) أنظر المادة ٢/٢ من اتفاقية هامبورج. ونظر فى شرح هذه الفقرة من المادة الثانية: الدكتور هشام صادق، بحثه فى نطاق تطبيق أحكام اتفاقية هامبورج لعام ١٩٧٨، المشار إليه سابقا فى ص ١١٢؛ الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى المشار إليه سابقا، فى ص ٢٧.

أضف إلى ذلك أن اتفاقية هامبورج لا تشترط لسريان أحكامها تمتع السفينة التي يحصل عليها النقل بجنسية دولة أى من الشاحن أو الناقل أو تمتعها هي نفسها بجنسية إحدى الدول المتعاقدة. فمثلا النقل البحري الذي يحصل على متن سفينة ذات جنسية فرنسية وتحمل العلم الفرنسي ويكون فيه ميناء التفريغ هو الاسكندرية في مصر، فإنه يخضع لأحكام الاتفاقية، على الرغم من أن السفينة لا تتمتع بجنسية أى دولة طرف في الاتفاقية. فمعيار تطبيق قواعد هامبورج، هو إذا معيار مكاني بالدرجة الأولى لأنه يكون إما بناء على كون أى من ميناءي الشحن أو التفريغ أو ميناء صدور سند الشحن تابعا لإحدى الدول المتعاقدة، أو بناء على الشرط الجوهري عند تخلف للمعيار المكاني.

ويترتب على ذلك نتيجة بالغة الأهمية وهي أن نطاق تطبيق قواعد هامبورج على النقل الدولي للبضائع هو نطاق شامل واستثنائي لأنه يغطي جميع الفروض التي يحصل فيها هذا النقل من الموانئ الأجنبية إلى مصر، أو من أى ميناء مصرى إلى أى ميناء أجنبى. ولا شك أن هذه النتيجة تثير التساؤل عن نطاق تطبيق قانون التجارة البحرية المصرى الجديد، وهل يقتصر هذا النطاق على النقل البحري الداخلى، دون النقل الدولي؟ وإن كان الأمر كذلك، فهذا مما لا شك فيه يعطل الحماية التي جاءت بها قواعد هذا القانون والتي رأينا أنها أوسع كثيرا من الحماية التي قررتها اتفاقية هامبورج نفسها.

ثانيا - هل ينحصر تطبيق قواعد القانون التجارى البحرى فى نطاق النقل الداخلى دون النقل الدولى البحرى للبضائع؟

لم يرد فى صلب قانون التجارة البحرى الجديد ما يشير إلى أن نطاق تطبيق قواعده المتعلقة بالنقل البحرى للبضائع تنحصر فى المجال الداخلى، إلا أنه، كما رأينا، فإن نفاذ قواعد هامبورج على المستوى الدولى وامتداد واتساع مجال تطبيقها على النحو الذى عالجناه قد أثر بشكل مباشر على المجال الذى يمكن أن تسرى فيه قواعد القانون المصرى الجديد. إذ لما كانت قواعد هامبورج تنطبق بالضرورة على كل نقل بحرى دولى من أو إلى مصر، فإن ذلك يودى إلى انحسار نطاق سريان قواعد القانون البحرى المصرى الجديد المتعلقة بنقل البضائع لتقع فى مجال النقل الداخلى (١٣١)، وبحيث لا تسرى هذه للقواعد على النقل الدولى للبضائع، سواء كانت هذه القواعد موضوعية أم اجرائية.

ومعنى ذلك أن قواعد حماية الشاحنين الواردة فى قانوننا الوطنى، والتي استعرضنا بعض مظاهرها فى المبحث الأول من هذه الدراسة لن نجد مجالا للتطبيق فى النقل الدولى للبضائع، مما يجعل هذه الحماية لغوا لا يجد صداه العملى فى هذا القطاع الحيوى من النقل، وبصفة خاصة أن الجانب الأكبر والأخطر فى التأثير على الاقتصاد القومى هو ذلك النقل الدولى، لأن فى مثل هذا النقل الأخير تبرز الحاجة الحقيقية والماسة إلى حماية الشاحنين الوطنيين، وهم الشاحنون المصريون فى مواجهة النافلين الأجانب.

(١٣٩) انظر فى ذلك الدكتور هشام صادق، نطاق تطبيق أحكام كل من اتفاقية هامبورج ...، فى ص ص ١٤ - ١٥.

صحيح إنه، كما قيل، إنه مما يخفف من آثار عدم تطبيق القواعد المتعلقة بنقل البضائع في قانون التجارة البحري الجديد على النقل البحري الدولي هو نفاذ اتفاقية هامبورج، وهذه الأخيرة تستهدف حماية للشاحنين، بل إن قانوننا البحري الجديد قد استقى أحكامه من قواعد هامبورج نفسها، مما يحقق في نهاية المطاف الأهداف التي أرادها مشرعنا، وهي حماية للشاحنين، بطريقة أو بأخرى (١٤٠).

والحقيقة أنه مما لا شك فيه أن مشرعنا الوطني قد نقل واقتبس معظم أحكام اتفاقية هامبورج مما يخفف إلى حد ما من الآثار المترتبة على عدم تطبيق قواعد قانون التجارة البحري على النقل الدولي للبضائع، إلا أنه يبقى مع ذلك أن الشاحنين المصريين في هذا النوع من النقل لن يستفيدوا من الحماية الأوسع والأشمل التي جاءت في تشريعنا الوطني. إذ رأينا كيف أن قانون التجارة البحري قد تفوق على قواعد هامبورج في مواضع كثيرة، بل كان أبلغ في الحماية التي يتعين إسباغها على الشاحنين.

وفي اعتقادنا أن مشرعنا الوطني لم يكن في نيته عند وضع قانون التجارة البحري الجديد قصر قواعده على حكم للنقل الداخلي دون النقل الدولي. ويمكن تأييد هذه الفكرة ببعض النصوص الواردة في هذا القانون.

فمن ناحية أولى، فإن نص المادة ١/٢٢٧ من قانون التجارة البحري يقضى بأن الناقل يضمن هلاك البضاعة أو تلفها إذا حصل ذلك أثناء فترة

(١٤٠) أنظر في هذا المعنى الدكتور هشام صادق، البحث السابق، في ص ١٥.

النقل البحرى. ولقد ذكرنا أن التزام الناقل بضمان سلامة البضاعة هو التزام بتحقيق نتيجة بحيث لا يمكن للناقل دفع المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبى. على أن الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ تقضى بأن أحكام المسؤولية للمنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة المذكورة لا تسرى على الملاحة الساحلية بين موانئ الجمهورية إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك.

وينبثق عن ذلك، أنه إذا كان المشرع يستبعد من نطاق تطبيق أحكام المسؤولية المنصوص عليها فى المادة ١/٢٢٧ النقل الساحلى بين الموانئ المصرية (١٤١)، فيستفاد من هذا أن النص قد تمت صياغته أصلاً لكى يكون قابلاً للتطبيق على النقل الدولى للبضائع. فالمشرع المصرى كان جل هدفه إضفاء أكبر قدر من الحماية على الشاحنين فى النقل الدولى البحرى للبضائع وذلك بإقامة مسؤولية الناقل على إلتزامه بتحقيق نتيجة وضمان سلامة البضائع. وبعبارة أخرى، فإن نصوص المسؤولية الواردة فى قانون التجارة البحرى (م ٢٢٧) هى بطبيعتها قابلة للتطبيق على النقل البحرى للدولى حماية للشاحنين (١٤٢)، إنما هذه الحماية أصبحت، كما سبق وأن أوضحنا، محجوبة بسبب إعمال ونفاذ قواعد هامبورج.

ومن ناحية ثانية، فإن نص المادة ٢٤٧ من قانون التجارة البحرى يمكن أن يؤيد رأينا من أن نصوص هذا القانون قد تم وضعها أصلاً لكى تحكم

(١٤١) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المشار إليه سابقاً فى ص ٢٦.

(١٤٢) وقارب الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، السابق الإشارة إليه فى ص ٢٦.

النقل الدولي للبضائع. فهذه المادة تنص على أنه "في حالة الاتفاق على إحالة الدعاوى الناشئة عن عقد نقل البضائع بالبحر إلى التحكيم يلتزم المحكمون بالفصل في النزاع على مقتضى الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون بشأن العقد المذكور. ويقع باطلا كل اتفاق سابق على قيام النزاع يقضى بإعفاء المحكمين من التقيد بهذه الأحكام".

فهذا النص الخاص بالتحكيم يواجه الفرض الذى يتم فيه الاتفاق بين طرفي عقد النقل (الشاحن والناقل) على تطبيق قواعد قانونية أخرى غير تلك التى جاء بها قانون التجارة البحرى. فإذا كانت هذه القواعد التى اتفق عليها الأطراف تخالف القواعد الأمرة فى القانون البحرى المصرى، تعين إبطال هذا الاتفاق إذا حصل قبل نشأة النزاع، وكان من شأنه إعفاء المحكمين من التقيد بهذه القواعد الأمرة.

وليس من المعقول أن ينص المشرع على الحكم السابق إلا إذا كان يقصد انصرافه إلى الاتفاق الذى يحصل بين الشاحن والناقل فى النقل الدولي للبضائع (١٤٣). لأنه لا جدوى من النص على هذا الحكم إذا ما تعلق الأمر بعقد نقل بحرى داخلى، والذى لا يثير مسائل تتنازع قوانين؛ وحتى على افتراض أن الأطراف قد اتفقوا على تطبيق قانون أجنبى على هذا العقد، فإن "مثل هذا الاتفاق إن حدث فهو ينزل القانون المختار منزلة الشروط العقدية التى لا يجوز لها أن تخالف الأحكام الأمرة فى القانون الذى يخضع له العقد،

(١٤٣) أنظر فى هذا المعنى، للدكتور فريد العرينى، نقل البضائع بحرا بين معاهدة مندات للشحن وقانون للتجارة البحرية المصرى الجديد، البحث المشار إليه سابقا فى ص ٥١.

وهو القانون المصرى بالضرورة^(١٤٤). ومن ثم فطالما كان عقد النقل البحرى داخليا فهو لن يخضع لقانون آخر غير القانون المصرى، سواء كان المشرع قد قرر ذلك للحكم فى المادة ٢٤٧ من قانون التجارة البحرى أم لم يقره. ويترتب على ذلك أن الحكم المقرر فى المادة المذكورة قد تم وضعه أصلا لىواجه حالة الاتفاق على التحكيم فى النقل البحرى الدولى للبضائع. إذ أن المشرع عند وضعه لهذا النص، لم يكن فى حساباته أن مجال تطبيق القانون البحرى الجديد سيكون منحصرًا فى النقل الداخلى للبضائع. وبالتالي فلقد اقتبس مشرعا نص المادة ٢٤٧ بحرئ من المادة ٢٢ من قواعد هامبورج لمواجهة الفرض الذى يختار فيه الأطراف - عند الاتفاق على التحكيم - قواعد قانونية أخرى لا تؤهل الشاحن لنفس القدر من الحماية التى يخولها له القانون المصرى وتكون مخالفة للقواعد الأمرة فى هذا القانون. ومما يؤكد سلامة هذا النظر أن نص المادة ٢٤٧ بحرئ ذاته، بمفهوم المخالفة، يجيز للأطراف بعد نشأة المنازعة الاتفاق بين الأطراف على إعفاء المحكمين من الالتزام بأحكام القانون المصرى، وهذا أمر لا يتصور حصوله إلا إذا تعلقت المنازعة بعقد نقل دولى بحرئ، إذ لا يمكن حصول ذلك فى النقل الداخلى إلا إذا كان المحكمون مفوضون بالصلح.

والخلاصة، أن قواعد حماية الشاحنين التى جاء بها القانون البحرئ المصرئ الجديد هى قواعد بطبيعتها قابلة للتطبيق على النقل البحرئ الدولئ للبضائع؛ إذ لا يوجد فى (ذاتية) هذه القواعد ما يمنع من (عمالها على هذا النوع من النقل، سوى نفاذ قواعد هامبورج، مما أدى إلى انحسار نصوص

(١٤٤) أنظر الدكتور هشام صادق، نطق تطبيق أحكام كل من اتفاقية هامبورج, المشار إليه سابقا فى ص ١٥.

القانون البحرى المصرى لى ينحصر مجال تطبيقها على النقل البحرى الداخلى.

وهنا يثور التساؤل عما إذا كان قانوننا البحرى الجديد، وقد عجز عن حماية الشاحنين المصريين فى النقل الدولى للبضائع، فهل يمكنه - على الأقل - حماية هؤلاء فى النقل البحرى الداخلى؟

المطلب الثانى

مدى حماية الشاحنين المصريين فى النقل البحرى الداخلى

لما كانت قواعد حماية الشاحنين الواردة فى القانون البحرى الجديد أصبحت معطلة التطبيق فى النقل البحرى الدولى بسبب الانعكاسات الناشئة عن نفاذ قواعد هامبورج، فلا أقل من أن تقوم هذه القواعد بدورها فى حماية للشاحنين فى النقل البحرى الداخلى، وإلا أفضى ذلك إلى إمكان القول بإهدار قيمتها العملية فى هذا الخصوص.

ولقد أعلن المشرع المصرى صراحة فى بعض نصوص القانون البحرى الجديد عن التفرقة بين الشاحنين فى النقل الدولى والنقل الداخلى، حيث كان أكثر عطاء وحماية للشاحنين فى النقل الأول دون الثانى. وهناك العديد من الأمثلة على هذه التفرقة.

فمن ناحية أولى، نجد أن نص المادة ٢/٢٢٧ بحرى يستثنى النقل الساحلى من أحكام المسؤولية المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من نفس المادة، تلك التى تجعل الناقل مسؤولاً عن هلاك للبضائع أو تلفها طالما حصل هذا الهلاك أو التلف فى المدة ما بين تسلم الناقل للبضائع فى ميناء الشحن وبين قيامه بتسليمها إلى صاحب الحق عليها فى ميناء للتفريغ. ومعنى ذلك أن الشاحن فى النقل الساحلى لا يمكنه الاستفادة بما قرره المادة ١/٢٢٧ من مسؤولية قاسية على عاتق الناقل، إذ أن مسؤولية الناقل البحرى فى هذا النوع من النقل تخضع كقاعدة للقواعد العامة فى مسؤولية الناقل، إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك وقرروا الأخذ بحكم الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧^(١١٥). ونعتقد أن الناق، - فى النقل الداخلى - لن يرتضى مطلقاً الاتفاق على الأخذ بأحكام الفقرة الأولى من المادة المذكورة وبنظام المسؤولية الذى قرره بالنظر إلى قسوة هذا النظام ومحابته للشاحنين. وبعبارة وجيزة، فنظام مسؤولية الناقل البحرى - فى النقل الساحلى - فى القانون البحرى الجديد لا يضيف حماية معينة على الشاحنين المصريين.

ومن ناحية ثانية، فالمادة ٢١٦ بحرى تقرر عدم جواز النقل على سطح السفينة - فى النقل البحرى الدولى - إلا فى أحوال معينة استثنائية وهى وجود إذن كتابى من الشاحن يرخص بهذه الكيفية فى نقل البضاعة، أو إذا اقتضت طبيعة البضاعة ذلك، أو أخيراً، إذا كان قانون ميناء دولة الشحن، أو العرف السائد بهذا الميناء يسمح بهذا النقل^(١١٦).

(١٤٥) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى. المشار إليه سابقاً، فى ص ١١١.

(١٤٦) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة البحرية فى مصر ١٥٤.

لما في النقل الساحلى، فإن القاعدة هي جواز السماح بالنقل على سطح السفينة دون أن يتوقف ذلك على إذن الشاحن^(١٤٧). ولا شك أن هذه ميزة كبرى يتمتع بها الناقل فى النقل الداخلى، حيث رخص له المشرع بالنقل بهذه الكيفية دون أن يكون ضامنا لهلاك البضاعة أو تلفها، وبالتالي يقع عبء إثبات إخلال الناقل بواجب المحافظة على البضاعة على الشاحن.

ومن ناحية أخيرة، فلقد حددت المادة ٢٤١ بعض الحالات التى لا يجوز فيها للناقل التمسك بتحديد مسؤوليته بالحدود القصوى للتعويض عن الأضرار الحاصلة بالبضاعة والتى عينتها المادة ٢٣٣ بحرى. وأهم حالات المسؤولية غير المحدودة هي حالة اتجاه قصد الناقل إلى إحداث الأضرار بالبضاعة. وبصفة خاصة، فإن المادة ٢/٢٤١ ب تفترض اتجاه نية الناقل أو تابعيه إلى إحداث الضرر إذا حصل الشحن على سطح السفينة بالمخالفة لاتفاق صريح بوجب شحنها فى عابرها^(١٤٨). ولا شك أن هذا الفرض ينصرف إلى النقل الدولى للبضائع، لأنه فى مثل هذا النقل يستوجب المشرع الحصول على إذن كتابى من الشاحن بحصوله على سطح السفينة، وبالتالي يمكن للشاحن الحصول على تعويض كامل عن الأضرار إذا قام الناقل بشحن البضاعة على السطح بالمخالفة لاتفاق بوجب الشحن فى عابرها السفينة. ولما كان الشحن على السطح هو الأصل فى النقل الساحلى، فلا يمكن افتراض اتجاه نية الناقل

(١٤٧) أنظر فى نص المعنى، الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى لقانون البحرى، السابق الإشارة إليه، فى ص ص ٦٦ - ٦٧.

(١٤٨) راجع المذكرة الإيضاحية، فقرة ١٦٩. وأنظر فى شرح المادة ٢٤١ بحرى، الدكتور سمير الشرفاوى، العقود البحرية، المشار إليه، ص ٨١.

إلى إحداث أضرار بالبضاعة عند قيامه بهذه الكيفية. ومن هنا أقام المشرع نوعاً من التمييز بين كل من النقل الدولي والساحلي في حدود التعويض، بحيث ميز للشاحن في النوع الأول من النقل دون النوع الثاني.

ويتبين من مجموع النصوص السابقة أن المشرع المصري قد أقام نوعاً من التفرقة بين الشاحنين في النقل الدولي للبضائع، والشاحنين في النقل الساحلي، إذ بينما أضفى حماية واسعة على الطائفة الأولى، فإنه على العكس، قد قلب الأمور بالنسبة للطائفة الثانية حيث رأى حماية الناقلين على حساب الشاحنين في النقل الساحلي.

ولعل المشرع - كان في حسبه - وهو يقيم التفرقة في الحماية بين هاتين الطائفتين من الشاحنين تشجيع الاستثمار والتجارة البحرية في مصر. فلا غرو، ومصر دولة شاحنين، أن تتصرف لإرادة الشارع إلى حماية هذه الطائفة في النقل البحري الدولي الذي يسوده التنافس، بالزيادة من التدخل التشريعي لفرض سياج من الحماية للشاحنين في مواجهة الشركات الكبرى للنقل البحري، ومعظمها شركات أجنبية، وذلك كله صيانة للاقتصاد القومي في تجارة التصدير والاستيراد. أما في النقل الداخلي، فلقد رأى المشرع أن الأولى بالرعاية والحماية هو الناقل وليس الشاحن، فلا ينطبق نظام المسؤولية الصارم والوارد في المواد ٢٢٧ وما بعدها على الناقل في هذا النوع الأخير من النقل، وذلك تشجيعاً للناقلين على الاستثمار البحري واستغلال السفن ودعماء لبناء أسطول تجارى وطنى.

المطلب الثالث

امكانية تعطيل الجزاء المنصوص عليه في المادة ٢٤٧ بحرى عند الاتفاق على تقديم المنازعات للتحكيم:

رأينا أن المادة ٢٤٧ من قانون التجارة البحرى تقضى بأنه فى حالة اتفاق الأطراف فى عقد النقل البحرى على إحالة منازعاتهم الناشئة عن هذا العقد إلى التحكيم، فعلى المحكمين الفصل فى المنازعة حسب القواعد الأمرة والوردة فى قانون التجارة البحرية المصرى، ويبطل أى اتفاق يحصل بين الأطراف قبل نشأة النزاع ويكون من شأنه إعفاء المحكمين من التقيد بهذه الأحكام (١٤٩).

ومن للقواعد الأمرة فى القانون البحرى المصرى الجديد والتي لا يجوز للأطراف مخالفتها، القاعدة التى تجعل الناقل ضامنا لتوصيل البضاعة والمحافظة عليها، بحيث لا يمكنه دفع مسئوليته إلا بإبراز السبب الأجنبى (١٥٠). ومن ثم يكون باطلا اتفاق الأطراف على الأخذ بقواعد أخرى تخفف من التزامات الناقل فى المحافظة على البضاعة.

(١٤٩) أنظر بحث الدكتور هشام صادق، نطاق تطبيق القانون البحرى الجديد، البحث الماشر إليه سابقا، والمنشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى المجلد ٤٥، فى ص ١٣ - ٢٢؛ الدكتور فريد العرينى، نقل البضائع بحرا، البحث المشار إليه سابقا، فى ص ص ٤٩ - ٥٢؛ الدكتور محمود سمير شرقاوى، العقود البحرية، المشار إليه سابقا فى ص ص ٩٠ - ٩١؛ وأنظر كذلك الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى....، للمشار إليه سابقا، فى ص ص ١٨٧ - ١٨٨.

(١٥٠) راجع المادة ١/٢٢٧ والمادة ٢٢٩ من قانون التجارة البحرية الجديد، وراجع أيضا للمطلب الأول من المبحث الأول من هذه الدراسة.

ويترتب على ذلك أن اتفاق الأطراف على الأخذ بقواعد هامبورج، أو بقانون يأخذ بأحكامها كان يتعين إبطاله وفقا لنص المادة ٢٤٧ بحرى لمخالفتها للنظام العام فى مصر، وذلك لأنها تجعل التزام الناقل أخف وطأة من تلك المقررة فى القانون البحرى المصرى. على أن بطلان الاتفاق على الأخذ بهذه القواعد كان من الممكن إعماله قبل نفاذها على المستوى الدولى أما بعد نفاذها فلا يمكن القول بأن هناك مجالا للإبطال، لأنها ستصبح جزءا من النظام القانونى المصرى، بحيث لا يمكن الإدعاء بمخالفتها للنظام العام. ومن ثم فلقد كان من المتصور قبل نوفمبر ١٩٩٢، وهو تاريخ نفاذ الاتفاقية على المستوى الدولى، أن يتم إبطال اتفاق الأطراف على الأخذ بهذه القواعد أو إبطال أى اتفاق آخر على الأخذ بقانون يتبناها وذلك لمخالفتها للقواعد الأمرة فى قانون التجارة البحرية تطبيقا للمادة ٢٤٧ بحرى. وهذا إن دل على شئ فإلما يدل على أن بعض قواعد هامبورج، فى حدها ذاتها، وقبل صيرورتها معاهدة دولية نافذة، تخالف فكرة النظام العام فى مصر من منظور حماية الشاحنين التى قررها المشرع المصرى بنصوص أمرة فى التشريع البحرى الجديد. ومع ذلك فإن نفاذ الاتفاقية والالتزام مصر بها قد شل فعالية الجزاء المقرر فى المادة ٢٤٧ بحرى، حيث لم يعد من الممكن الإدعاء بمخالفة قواعد هامبورج للنظام العام المصرى، على الرغم من تعارضها الصارخ فى مضمون التزامات الناقل فى تلك التى قررها مشرعنا الوطنى.

بل إن مشكلة التعارض فى مضمون التزامات الناقل فى القانون البحرى الجديد وبين تلك الالتزامات التى جاءت بها قواعد هامبورج قد تظهر من خلال فرض عملى، حتى بعد نفاذ قواعد هامبورج على المستوى

الدولى، وذلك فى الفترة الانتقالية السابقة على نفاذ هذه القواعد فى مصر كمعاهدة دولية، وذلك على افتراض أن مصر قد مارست الرخصة المقررة لها فى المادة ٤/٣١ من قواعد هامبورج بإرجاء إعلان نيتها فى الانسحاب من معاهدة سندات الشحن وبروتوكولها المعدل لمدة خمس سنوات، ومعنى ذلك أن هذه المعاهدة الأخيرة بتعديلها عام ١٩٦٨، سوف تظل سارية فى مصر حتى نوفمبر عام ١٩٩٧.

وكما ذكرنا سلفا فإن معاهدة سندات الشحن وبروتوكولها المعدل، لهما نطاق سريان معين فى النقل البحرى الدولى للبضائع الذى يحصل بين ميناءين تابعين لدولتين مختلفتين، وذلك إذا صدر سند الشحن فى إحدى الدول المتعاقدة، أو إذا تم الشحن من دولة متعاقدة، أو إذا حصل اتفاق بين الأطراف فى سند الشحن على الأخذ بأحكامها.

وينبنى على ذلك، أنه فى خلال هذه الفترة الانتقالية، فإنه يظل هناك محل لتطبيق أحكام قانون التجارة البحرية فى الفرض الذى لا تسرى فيه كل من معاهدة سندات الشحن وبروتوكولها المعدل. ويحصل ذلك إذا كان ميناء الشحن فى الخارج (وفى دولة غير طرف فى أى من معاهدة سندات الشحن أو بروتوكولها المعدل، لأنه لو كان ميناء التصدير بالخارج تابعا لدولة طرف فى أى منهما لكنت المعاهدة منطبقة بطريقة تلقائية، كما يتعين ألا يكون ميناء الشحن بالخارج تابعا لأى دولة من الدول الأطراف فى اتفاقية هامبورج، لأن هذه الاتفاقية تسرى بين الدول الأطراف دون أى فترة انتقالية)،

كما يتعين ألا يضمن الأطراف عقد النقل للشرط الجوهرى الذى يقضى بتطبيق معاهدة مندات الشحن.

وفى هذه الحالة، فإن أحكام قانون التجارة البحرية الجديد تكون واجبة الأعمال على المنازعات التى تنشأ بشأن هذا العقد، والذى يكون فيه أحد الموانئ المصرية هو ميناء التفريغ.

فى هذا الفرض إذا قلنا جدلاً بأن أطراف عقد النقل البحرى اتفقوا على الأخذ بقواعد هامبورج عند تقديم منازعتهم الناشئة عنه إلى التحكيم (١٥١)، هنا يتعين على المحكمين تطبيق أحكام قانون التجارة البحرية إذا كان ثمة تعارض مع القواعد التى تضمنها الاتفاق، ويظهر هذا التعارض بصفة أساسية بين نص المادة ١/٢٢٧ بحرى مصرى مع نص المادة الخامسة من قواعد هامبورج. هنا يتعين على المحكمين الفصل فى النزاع طبقاً للقانون المصرى لتعارض اتفاق الأطراف مع مقتضيات النظام العام المصرى.

هذا الفرض يكشف لنا مرة أخرى عن حقيقة جوهرية وهى أن قواعد هامبورج - فى حد ذاتها وليس على أساس اعتبارها معاهدة دولية ملزمة لمصر - تمثل فى أحد جوانبها ومن وجهة نظر مشرعنا المصرى مخالفة للنظام العام، بحيث يتعين إعمال الجزاء المقرر فى المادة ٢٤٧ بحرى فى مواجهتها، وذلك خلال الفترة الانتقالية السابقة على العمل بها كمعاهدة دولية فى مصر.

(١٥١) وأنظر بصفة عامة فى التحكيم طبقاً لقواعد هامبورج:

Jose Domingo Ray, L'arbitrage Maritime et Les Règles de Hambourg, Droit Maritime Français, (1981) PP 643 - 651.

على أنه بعد نوفمبر عام ١٩٩٧، فإن قواعد هامبورج سوف تصبح نافذة في مصر بشكل كامل باعتبارها معاهدة دولية ملزمة لكل من القاضى والمحكم، وهذه للقواعد هي التى يتعين عدم مخالفة أحكامها عند فض المنازعات (١٥٢)، بما يؤدى إلى مثل فعالية الجزء المقرر فى المادة ٢٤٧ (١٥٣)، مما يكشف عن حقيقة أساسية وهى تنازل مشرعنا عن أفكاره

(١٥٢) أنظر الدكتور هشام صادق، نطلق تطبيق أحكام كل من اتفاقية هامبورج ... ،... بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم بالقاهرة ١٩٩٢، المشار إليه سابقاً فى ص ١٧. ونظر بصفة خاصة المادة ٢٢/٣ من اتفاقية هامبورج التى تلزم المحكمين بالفصل فى النزاع طبقاً لقواعدها، كما أن الفقرة الرابعة من ذات المادة (م ٢٢ من الاتفاقية) تبطل أى شرط لو اتفاق تحكيمى يكون متعارضاً مع أحكام قواعد هامبورج. ومن الفروض الطريفة التى قد تطرح فى هذا الصدد: مدى جواز الاتفاق الذى يحصل بين الناقل والشاحن على الأخذ فى عقد النقل البحرى بقواعد قانون التجارة البحرية المصرى، وذلك بعد نفاذ قواعد هامبورج على المستوى الدولى باعتبارها معاهدة سارية فى مصر، فهل يعتبر هذا الاتفاق تشديداً لمسئولية الناقل البحرى على اعتبار أن أساس مسئولية هذا الناقل أشد فى القانون البحرى المصرى منه فى قواعد هامبورج، وبالتالي يجوز الاعتداد به من هذه الزاوية ؟ أم أن هذا الاتفاق يتعين إبطاله باعتباره مخالفاً لقاعدة جوهرية فى اتفاقية هامبورج؟ فى الواقع إن مثل هذا الاتفاق جائز باعتباره اتفاقاً تشديداً لمسئولية الناقل وذلك تطبيقاً للمادة ٢٢/٣ من قواعد هامبورج نفسها والتى تجيز "لناقل أن يزيد مقدار مسئوليته ولتزاماته بموجب هذه الاتفاقية". أنظر فى معنى مقارب الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المشار إليه سابقاً فى ص ١٢٧. والحقيقة أننا نشك فى أن الناقل سوف يرضى من أساسه الاتفاق على تطبيق أحكام القانون المصرى، إذ أن قواعد هامبورج أصح له كثيراً من قواعد القانون البحرى المصرى، وخصوصاً أن الناقل هو الطرف الأقوى فى عقد النقل البحرى. وهذا مظهر آخر من مظاهر مثل فعالية قواعد قانون التجارة البحرية، حتى باعتبارها اتفاقاً على تشديد المسئولية.

(١٥٣) بل إنه يمكن مثل فعالية الجزء المقرر فى المادة ٢٤٧ بحرى، على الافتراض الجلبى بتطبيقها، وأيضاً مثل فعالية الجزء المقرر فى المادة ٢٢/٥ من قواعد هامبورج والمقابلة للنص المصرى المذكور فى حالتين:

أ - حالة التحكيم فى الخارج، فإذا اتفق الأطراف فى عقد النقل البحرى على إجراء التحكيم فى الخارج، فإن هيئة التحكيم قد تحكم بصحة الاتفاق الذى توصل إليه الأطراف على الرغم من مخالفة بنوده لقواعد كل من قانون التجارة البحرية وكذا

= قواعد هامبورج، ومثال ذلك الاتفاق على تطبيق أحكام معاهدة سندات الشحن أو تطبيق القانون الإنجليزي (وذلك بعد انتهاء الفترة الانتقالية التي يمكن أن تسرى فيه هذه المعاهدة الأخيرة). في هذا الفرض من الصعب جدا القول بأن هيئة التحكيم المنعقدة في لندن، مثلا سوف تبطل مثل هذا الاتفاق لمخالفته لقواعد أى من القانون البحرى المصرى أو قواعد هامبورج، ذلك أن هيئة التحكيم سوف تضع فى تقديرها أساسا اتفاق الأطراف باعتباره قانون الإرادة والذي بمقتضاه يتم حسم النزاع. ولكن تبقى مسألة تنفيذ الحكم للتحكيمى، وبالذات عند طلب تنفيذه فى مصر، حيث قد يتم الدفع بإبطاله لمخالفة النظام العام. على أن هذا يفترض أن الحكم قد صدر لمصلحة النقل والذي يطلب بالتنفيذ فى مصر ضد الشاحن، وهى حالة نادرة، لأنه عادة ما يتم إلى الإلتجاء إلى التحكيم (لتقدير التعويض) الذى يستحق على النقل بناء على مسؤوليته عن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير فى تسليمها. ومن ثم فإن الفرض الغالب فى العمل أن يكون الشاحن هو طالب تنفيذ الحكم ضد النقل، ولا غرابة أن يتم أيضا طلب التنفيذ فى الخارج باعتبار أن النقل أجنبى وأمواله التى تكون عرضة للتنفيذ عليها عادة ما تكون فى خارج مصر أيضا. هنا من الصعب القول بأن تنفيذ الحكم للتحكيمى الصادر فى الخارج قد يبطل عندما يطلب أيضا تنفيذه بالخارج، طالما أن دولة التنفيذ ليست إحدى الدول الأطراف فى اتفاقية هامبورج. وقد يقال إن فرض التحكيم بالخارج غير وارد أصلا بالنظر إلى أن كلا من المادتين ٢٤٦ بحرى مصرى و ٣/٢٢ من قواعد هامبورج تحدد للشاحن أماكن يختار من بينها مكان التحكيم، بحيث يبطل أى اتفاق سابق على نشأة النزاع يحرمه من حق الاختيار هذا، مما يجعل له دوما امكانية اختيار مصر كمكان للتحكيم، أو على الأقل فى بلد تكون طرفا فى اتفاقية هامبورج، مما لا تتور معه أصلا مشكلة التحكيم بالخارج. والواقع أنه وإن كان ذلك صحيحا، فإنا يجب أن نأخذ فى الحسبان أن نص المادة ٢٤٦ بحرى وكذلك المادة ٣/٢٢ من قواعد هامبورج وإن أعطيا الخيار للشاحن، فإنهما لا تمنعان اللجوء إلى التحكيم فى الخارج، مثال أن يختار الشاحن ميناء التفريغ أو ميناء الشحن، وقد يكون أيهما خارج مصر. والواقع أن الشاحن قد يلجأ أصلا إلى التحكيم فى الخارج بالنظر إلى شيوخ وسهولة اجراء التحكيم فى بعض المراكز المتخصصة فى التحكيم البحرى، مثل التحكيم فى لندن. أنظر فى سهولة وميزات الإلتجاء إلى التحكيم المؤسسى فى المنازعات البحرية

Zhang - Li - xing, Maritime Arbitration in the United States and China, Thesis, Tulane Law School (1983) U.S.A.

وبصفة خاصة فى ص ٣٤، وما بعدها. أما الحالة الثانية التى يمكن فيها شل فعالية النصوص الخاصة بالتحكيم فى القانون البحرى المصرى وقواعد هامبورج هى حالة التحكيم أمام المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار ومقره العاصمة الأمريكية واشنطن، ويكون ذلك مثلا إذا ارتبط عقد النقل البحرى بمباشرة استثمارات معينة تقوم بها الدولة أو إحدى مؤسساتها (كاستيراد آلات معينة للصانع أو غيرها ...). والحكم التحكيمى الصادر عن هذا المركز يتعين تنفيذه تلقائيا فى الدول المتعاقدة، ومن بينها مصر، كما لو كان حكما قضائيا نهائيا صادرا

الوطنية الخاصة بحماية للشاحنين، وذلك لصالح الاتفاقيات الدولية، مرجحاً معياراً أكثر مرونة واتساعاً لفكرة النظام العام من تلك التي تبناها في التشريع الوطني.

= عن إحدى محاكمها، ولا يجوز النفع بإبطاله حتى على أساس النظام العام. ومن ثم فقد يتفق الناقل مع الشاحن والناقل على قواعد لفض منازعاتهم وهذه تخالف للقانون المصري، ومع ذلك يتعين تنفيذ الحكم الصادر من المركز رغم مخالفته للقواعد الأمرة وللنظام العام في مصر. أنظر بحثنا للتحكيم تحت مظلة المركز الدولي لشموية منازعات الاستثمار، مجلة الحقوق (اليوبيل الذهبي ١٩٩٢) في ص ص ٦٥٤ - ٦٨٨.

وعلى أي الأحوال، ففي تصورنا أن عقود النقل البحري بين الناقلين الأجانب والشاحنين التابعين للدول الأطراف في اتفاقية هامبورج (عندما تكون شروط هذه الاتفاقية منطبقة) سوف يعمدون إلى عدم تضمين سندات الشحن أي شرط للتحكيم، حتى لا تثار مسألة بطلان هذا الشرط من أساسه. وإنما سوف يتم الانتحاء إلى التحكيم ببساطة شديدة بعد نشأة النزاع، حيث يستطيع الناقل فرض شروطه والتوصل إلى اتفاق حول القواعد التي على أساسها يتم الفصل في النزاع حسب ما يراه.

خاتمة

تضمن قانون للتجارة البحرية المصرى الجديد نصوصا وقواعد تستهدف حماية الشاحنين المصريين. هذه الحماية التى قننها مشرعنا الوطنى مستقاة بطريقة مباشرة من قواعد هامبورج التى أصبحت نافذة على المستوى الدولى. ومع هذا فإن مشرعنا، وهو ينقل عن اتفاقية هامبورج، كان أحرص على إضفاء حماية لوسع على الشاحنين أقوى من تلك التى جاءت بها هذه الاتفاقية.

ولقد أبرزنا مدى تفوق قانوننا البحرى الوطنى على اتفاقية هامبورج فى حماية الشاحنين من خلال مظاهر عديدة. فمثلا رأينا أنه فى ظل قانون التجارة البحرية فإن أساس مسئولية الناقل البحرى يتمثل فى التزام بتحقيق نتيجة، بينما هو التزام ببذل عناية فى قواعد هامبورج. ولما كان أساس المسئولية ينعكس على طرق دفعها، فإنه من الأسهل على الناقل البحرى دفع مسئوليته إذا كان مضمون التزامه هو مجرد بذل العناية للمحافظة على البضاعة إذ يمكنه التنصل من عواقب المسئولية حين يثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا كل التدابير المعقولة لدفع المسئولية، بينما لا يمكنه دفع مسئوليته - طبقا للقانون البحرى المصرى - إلا بإبراز السبب الأجنبى. أضف إلى ذلك أن قانون التجارة البحرى المصرى تضمن الكثير من القواعد الموضوعية والاجرائية التى تؤكد على حماية لوسع للشاحنين والتى استعرضنا أهم جوانبها فى المبحث الأول من هذه الدراسة.

هذه الحماية القوية والشاملة التي جاءت بها نصوص قانون التجارة البحرية الجديد أصبحت مكبلة ومعطلة بمجرد نفاذ قواعد هامبورج على المستوى الدولي، وعند بدء العمل بهذه الأخيرة في مصر (أيا كان التاريخ الذي يبدأ فيه للعمل بها، وهو سيكون حتماً نوفمبر عام ١٩٩٧، على فرض أن مصر ستمارس للرخصة التي قررتها المادة ١/٣١ من اتفاقية هامبورج بعدم إعلان نيتها في الانسحاب، وإرجاء ذلك لمدة خمس سنوات اعتباراً من بدء نفاذها على المستوى الدولي، للمادة ٤/٣١). ومن ثم فإن للقواعد التي تحكم مستقبل النقل البحري الدولي في مصر هي قواعد هامبورج، وليست قواعد القانون المصري، ذلك أن نطاق تطبيق القواعد الأولى أصبح أعم وأشمل بحيث تسرى على كل نقل من أو إلى مصر. ولا شك أن ذلك يقضى إلى نتيجة غاية في الخطورة وهي أن الشاحنين المصريين لن يستطيعوا الاستفادة بحال من الأحوال من الحماية القوية التي قررها المشرع الوطني لهم في صلب القانون الجديد، وذلك في النقل البحري الدولي للبضائع. فإذا ما أخذنا في الاعتبار أيضاً أن نصوص القانون البحري الجديد - في مجموعها - لا تستهدف أصلاً حماية الشاحنين في النقل البحري الداخلي - وهو النطاق المحدد لإعمالها بعد نفاذ قواعد هامبورج - حيث فضل المشرع حماية الناقل في مواضع كثيرة، اشرنا إلى بعضها في المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذه الدراسة، تشجيعاً للاستثمار البحري، فإن ذلك يؤدي إلى القول بأن نصوص القانون البحري الجديد لا تخدم مصالح الشاحنين في النقل البحري الداخلي، بعد أن أصبحت مسلوقة الفعالية في النقل البحري الدولي.

والواقع أن مشرعنا الوطنى عند سنه للقانون البحرى الجديد كان يهدف فى المقام الأول إلى سريانه على النقل البحرى الدولى حيث أن نصوصه هى بطبيعتها قابلة للتطبيق على هذا النوع من النقل^(١٥٤)، من ذلك مثلا نص المادة ٢٤٧ بحرى والتي تبطل أى اتفاق بين الشاحن والناقل على اتباع قواعد أخرى تخالف القانون البحرى المصرى عند تقديم المنازعة الى التحكيم، إذا حصل هذا الاتفاق قبل نشأة النزاع، بما يفترض أصلا أن هناك نقلا بحريا دوليا يمكن أن تثور فيه مسألة تنازع القوانين.

فإذا ما سلمنا بأن قواعد قانون التجارة البحرية هى بطبيعتها قابلة للتطبيق على النقل البحرى الدولى، وإذا ما أخذنا فى الاعتبار أن مشرعنا المصرى قد نقل معظم قواعد هامبورج فى هذا التشريع الجديد، فإن التساؤل يثور عن جدوى الانضمام والبقاء كطرف فى اتفاقية هامبورج، وخاصة أن هذه الاتفاقية لا تقدم نفس القدر من الحماية التى يقدمها القانون المصرى؟

فى الواقع إن الانضمام إلى اتفاقية هامبورج (والبقاء كطرف فيها) كان سيكون من الأهمية بمكان لو أن مصر لم تكن قد أصدرت التشريع الوطنى الجديد الذى يتكفل بحماية الشاحنين وذلك على أساس أن معاهدة سندات الشحن وبروتوكولها المعدل لا يقرمان الحماية الكافية للشاحنين فى ظل

(١٥٤) والواقع أن المشرع المصرى لم يحدد بطريقة صريحة نطاق تطبيق التشريع البحرى فى النقل البحرى الدولى خلافا لما اقتبعه بعض المشرعين فى الدول الأخرى مثل فى الولايات المتحدة الأمريكية حيث ينطبق قانون نقل البضائع بحرا (COGSA) على أى نقل بحرى من أو إلى الولايات المتحدة الأمريكية. أنظر

Healy & Sharpe, Admiralty ...

والمشار إليه سابقا، فى ص ٤٩٢.

الظروف الاقتصادية الدولية الجديدة، والتي تسعى في إطارها الدول النامية - ومنها مصر - إلى إحراز تقدم في مجال النقل البحري. هنا كان يمكن القول بوجود حاجة ملحة للانضمام إلى اتفاقية هامبورج. ولعل هذا ما دفع مشرعنا إلى المبادرة بالتصديق على هذه الاتفاقية، بل إن مصر كانت من أوائل الدول التي قامت بذلك. أما وقد صدر للقانون البحري الجديد، والذي نقل إليه مشرعنا معظم قواعد هامبورج، ثم أضاف إليها جوانب أخرى هامة رآها ضرورة لتأكيد وتعزيز الحماية للشاحنين المصريين، فهذا يمكن القول بأن البقاء في اتفاقية هامبورج لن تكون له نفس الأهمية، بل إن سريانها في مصر باعتبارها معاهدة دولية يمكن أن يؤدي إلى ازدواجية في التشريع الذي يحكم النقل البحري للبضائع.

والواقع إن الانسلاخ عن اتفاقية هامبورج لن يخل بالانسجام الذي تغياه المشرع من مواكبة مصر لاتجاه الدول النامية في تحقيق أكبر درجة من الحماية للشاحنين، إذ أن قانون التجارة البحرية تبني معظم قواعد هذه الاتفاقية. والواقع أن هذا الأسلوب في تبني المعاهدات الدولية ليس جديداً، فلقد قام مثلاً المشرع اللبناني بتبني قواعد معاهدة سندات الشحن في صلب تشريعه الداخلي الصادر في فبراير عام ١٩٤٧ دون أن ينضم إلى المعاهدة نفسها "بشكل صريح"، وهذا الاتجاه كان يلقي مباركة من الفقه إذ يجعل أحكام المعاهدة منطبقة في العلاقات الوطنية والدولية على السواء بما يحقق الوحدة اللازمة للقواعد القانونية في المجالين الداخلي والدولي^(١٥٥).

(١٥٥) أنظر الدكتور على البارودي، مبادئ القانون البحري اللبناني، ١٩٧١، في ص ١٩٢.

على أننا نقترح أن يكون الانسحاب من اتفاقية هامبورج بعد نوفمبر ١٩٩٧، وذلك بعد أن يتحقق في نفس الوقت انسحاب مصر من معاهدة سندات الشحن لعام ١٩٢٤ وبروتوكولها المعدل لعام ١٩٦٨ تطبيقا للمادة ٤/٣١ من قواعد هامبورج، بحيث يكون من المتعين حينئذ انفراد قواعد قانون التجارة البحرية في شقها الخاص بنقل البضائع بحكم كل من النقل البحري الدولي والدخلي سواء بسواء.

وإذا كان الانسحاب من اتفاقية هامبورج لن يخل بمنهج المشرع في السير في نفس الاتجاه الذي تتغياه الدول النامية نحو حماية كبيرة للشاحنين، فإنه سيحقق في نفس الوقت ميزة هامة، وهي استفادة الشاحنين المصريين من الحماية الواسعة التي حرص مشرعنا الوطني على تقنينها بنصوص أمرة في التشريع البحري الجديد. في هذه الحالة فقط يمكن القول بأن نصوص قانون التجارة البحرية، في شقها الخاص بالنقل البحري البضائع قد استعادت فعاليتها في حماية الشاحنين المصريين، إذ أن هذه النصوص ليست بذاتها قاصرة عن إدراك غايات المشرع في تحقيق هذه للحماية المنشودة (١٥٦).

(١٥٦) والواقع أن ما نقول به ليس غريبا أو شاذًا ففي بعض الدول لا يتوانى المشرع عن الانسلاخ من الاتفاقيات الدولية التي كانت دولته طرفًا إذا ما رأى أن قواعد ما لم تعد تفي بالحماية الواجبة للمواطنين. من ذلك مثلاً انسحاب الولايات المتحدة من اتفاقية وارسو الخاصة بتوحيد بعض قواعد مسؤولية النقل الجوي، ثم التراجع عن هذا الانسحاب بعد أن تم تعديل هذه الاتفاقية، أنظر الدكتور محمد فريد العريني، لقانون الجوي (١٩٩٣)، في ص ص ٩٨ - - ٩٩.

ضغط العمل في الوظيفة العامة (دراسة تحليلية وعلاجية)

دكتور بشّار عبد الهادي
كلية الحقوق - الجامعة الأردنية

ملخص

أصبح موضوع (ضغط العمل) من الموضوعات المهمة في الوقت الحاضر، لتأثيره المباشر على الجوانب الانسانية والشخصية للموظفين، وعلى الجوانب التنظيمية أيضاً للأجهزة الادارية في الدول الحديثة ، بالإضافة الى ندرة تناول هذا الموضوع في الفقه الاداري بوجه عام.

وقد حاولنا في هذا البحث ، القيام بدراسة تحليلية دقيقة لضغط العمل في نطاق الوظيفة العامة، اتبعناها بدراسة علاجية له، أوردنا فيها بعض الاراء والحلول العلاجية المناسبة للحد من آثاره السلبية على سير العملية الادارية ،هادفين من وراء ذلك كله، الى زيادة كفاءة وفاعلية العمل في الوظيفة العامة على الدوام .

ABSTRACT

The work-stress problem has assumed a special significance at present because of its direct impact on the human and personal affairs of civil servants as well as on the organizational aspects of administrative systems in modern states, and because of the dearth of treatments of this theme in administrative jurisprudence .

In this research we have attempted to undertake : a careful analytical study of the work-stress problem in the domain of public service. we have followed this with a "remedial" study, in which we have aired some opinions and remedies suitable for limiting its negative effects on the administrative process, our aim is to increase the effectiveness of work in public service.

مقدمة

ازداد نشاط الدولة في الوقت الحاضر ازدياداً كبيراً. وكان هذا الزيادة نتيجة لتغير دورها من دولة (حارسة) تقف مهمتها عند المحافظة على الأمن والنظام الداخلي والخارجي دون قيامها بأية وظيفة أخرى، إلى دولة (متدخلة) تتدخل في معظم النشاطات والأعمال السياسية والاقتصادية والاجتماعية فتتنظمها وتعالجها بما يحقق الصالح العام . وقد أدى هذا التدخل في جميع المجالات المذكورة إلى تفرع الجهاز الإداري ونموه وتضخم حجمه ليقوم بالالتزامات الكثيرة الجديدة^(١).

وقد ترسب على ماتقدم ، أن تضاعف (العمل الوظيفي) داخل أجهزة الدولة المختلفة، وتضاعفت معه الجهود المطلوبة للجهاز بكفاءة وفاعلية ، واللازمة للاحاطة بجوانبه الشكلية والموضوعية، وما صاحبها من أسباب شخصية وسلوكية وتنظيمية متعددة، الأمر الذي أوجد (الضغط) في هذا العمل، كأحد المظاهر التي أصبحت واضحة وملحوسة في المجالات الإدارية الحديثة .

وبالرغم من هذه المظاهر لضغوط العمل الوظيفي، وبالرغم من الآثار الشخصية والتنظيمية السيئة لهذه الضغوط، إلا أن الاهتمام بهذه المسائل في نطاق الوظيفة العامة يكاد يكون نادراً. وسبب ذلك في تقديرنا ، أن التركيز على شخص الموظف العام ، ودراسة مشكلاته من الجوانب الانسانية والشخصية والسلوكية والتنظيمية، سواء من المنظمات والأجهزة الإدارية المعنية، أو من الباحثين العلميين، ما زال غير ذي بال. وتعليل ذلك -في تقديرنا أيضاً- أن معظم الأجهزة الإدارية في الدول لا تنظر إلى مشكلات العاملين فيها بقدر ماتنظر إلى ادائهم ونتاجهم. أما الدراسات والأبحاث العلمية الإدارية بوجه عام، فرغم اهتمامها في الوقت الحاضر بالجوانب المذكورة، إلا أن هذا الاهتمام لا يزال

(١) أنظر في هذا الشأن الدكتور سليمان الطراوي (مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة) طبعة سنة ١٩٦٦، الناشر دار الفكر العربي ، القاهرة، صفحة ٤٧٢ وما بعدها . والدكتور فزاد المطار (القانون الإداري) طبعة سنة ١٩٧٢، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، صفحة ٥. والدكتور عبدالله طلبة (القانون الإداري / الرقابة القضائية على أعمال الإدارة) طبعة سنة ١٩٨٠، الناشر المطبعة الجديدة، دمشق، صفحة ١٠. والدكتور بشار عبد الهادي (التفويض في الاختصاص - دراسة مقارنة) طبعة سنة ١٩٨٢، الناشر دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان ، صفحة ٤٨.

في بداية الطريق .^(١)

لقد أصبح ضغط العمل في نطاق الوظيفة العامة من المعضلات المهمة في عصرنا الإداري الحديث السريع الايقاع ، حيث يؤثر على الموظفين أنفسهم من جهة ، وعلى الأجهزة الادارية المختلفة من جهة أخرى، ويؤدي اذا لم يعالج الى مشكلات شخصية وتنظيمية متعددة . وهذا ما حفزنا ودعانا الى تناول هذا الموضوع تناولاً تحليلياً وعلاجياً.

وقد يثور التساؤل في هذا المجال من قبل قرائنا الكرام وأساتذتنا الافاضل ، عن سبب اختيارنا لبحث هذا الموضوع بالذات ، ونحن ننتهي الى الدول العربية التي توصف بأنها دول (بادئة في النمو)، خاصة وأن ظاهرة (ضغط العمل) قد لا تكون من الظواهر المقلقة لأجهزتها الإدارية بعد أن أصبحت هذه الأجهزة أوعية قتلىء بالراغبين في العمل فيها ؟.

وللإجابة عن هذا التساؤل ، نقول بأنه من المحتمل أن لا تثير مشكلة (ضغط العمل الوظيفي) بكل حدتها وخطورتها وأبعادها في كثير من الأجهزة الادارية (لبعض) دولا العربية الحبيبة، وإنما تثير في الأجهزة الادارية للدول الصناعية الكبرى والمتقدمة كالولايات المتحدة الأمريكية والمانيا وفرنسا ومن سار على نهجها الوظيفي ، ولكن مثل هذا التعميم الشامل قد لا يكون مقبولاً في (بعض) هذه الدول العربية أيضاً. وتفسير ذلك أن عدداً من الأجهزة الادارية في هذه الدول- ومنها على سبيل المثال المملكة الأردنية الهاشمية، والمغرب، والجزائر ، وتونس- يواجه ضغطاً في العمل يقع على العاملين في هذه الأجهزة ، ويؤدي الى إحداث المشكلات التي يثيرها هذا الضغط.

يضاف الى ما تقدم ، أنه على افراس عدم بروز ظاهرة (ضغط العمل الوظيفي) بكل حدتها وخطورتها وأبعادها في الأجهزة الادارية (لبعض) دولنا العربية، فإن قيامنا بدراسة تتناول تحليل هذا الموضوع وعلاجه في ضوء تجارب الدول الكبرى، وضمن

(٢) قانون في هذا المجال -

* John Grawford (Public Administration.) Eurasia publishing house, India, 1981, p.p. 68 F.F.

والدكتور زهير الصياغ (ضغط العمل) مقال منشور في المجلة العربية للإدارة، تصدرها المنظمة العربية للعلوم الإدارية، المجلد الخامس ، العددان الأول والثاني، حزيران ١٩٨١، صفحة ٢٨.

والدكتور مهدي حسن زويلف (علم النفس الإداري ومحددات السلوك الإداري) سلسلة أبحاث تصدرها المنظمة العربية للعلوم الإدارية العدد ٢٦٨، ١٩٨٢، صفحة ٥ وصفحة ٢٠.

اجتهادات مستقاة من واقع دولنا العربية نفسها ، يعتبر -في تقديرنا- عملاً علمياً وقائياً تستفيد منه هذه الدول عند مراجعتها للمشكلة ذات يوم .

على أننا نود منذ البداية ان ننوه بأن المراجع العلمية (الاجنبية) التي تناولت موضوع ضغط العمل الوظيفي من الجوانب (القانونية) أو من جوانب (الادارة الحكومية) ، تكاد تكون نادرة ، حيث تتناثر المخطوط العريضة لهذا الموضوع في بعض كتب الادارة العامة.

أما المراجع (العربية) التي تناولت موضوع ضغط العمل الوظيفي من الجوانب (القانونية) أو جوانب (الادارة الحكومية) ، فتكاد تكون معدومة .

وبناء على هذا الواقع العلمي ، نجد إزاءنا علينا العودة الى المراجع الموثوقة التي تناولت هذا الموضوع -رغم ندرتها أيضاً- في نطاق الإدارتين الخاصة والعامة ، بالإضافة الى المراجع التي تناولت هذا الموضوع من جوانب (علم النفس الإداري) الذي بدأ يلقى في الوقت الحاضر اهتماماً علمياً فائقاً.

وبالرغم مما تقدم ، فإننا سنركز في معالجتنا لهذا الموضوع ، على ما يتفق وروابط الوظيفة العامة ، بحيث نستفيد من الأبحاث العلمية النظرية والتطبيقية بمختلف مشاربها ، لتقديم الآراء والحلول التي تحيط بموضوع ضغط العمل في الوظيفة العامة ، سيما وأن هذا الموضوع -كبعض الموضوعات الإدارية الأخرى- ومنها الاتابة والتفويض والحلول وغيرها- يتفق في ما هيته وفي مصادره وفي آثاره مع فلسفة وروابط الإدارتين الخاصة والعامة معاً.

وفي ضوء ما تقدم ، نرى أن نقسم هذا البحث الى فصلين ، نتناول في أولهما الأسس العامة لضغط العمل الوظيفي ، وندرس في ثانيهما الأسس العلاجية له.

الفصل الأول

الأسس العامة لضغط العمل الوظيفي

تمثل الأسس العامة لضغط العمل الوظيفي ، الجانب الوصفي والجانب التحليلي له . وتقتضي منا معرفة هذه الأسس بوصفها وتحليلها أن نقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث ، نتناول في أولها تعريف ضغط العمل وعلاقته بأوجه السلوك في الجهاز الاداري ، وندرس في ثانيها مصادر ضغط العمل ومدى مواجهته ، وتعالج في ثالثها آثار ضغط العمل .

المبحث الأول

تعريف ضغط العمل

وعلاقته بأوجه السلوك في الجهاز الاداري

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نعرض في أولهما الى تعريف ضغط العمل ونناقش في ثانيهما علاقته بأوجه السلوك في الجهاز الاداري.

المطلب الأول

تعريف ضغط العمل

ذهب جانب من الفقه الى تعريف ضغط العمل بأنه:- (مواجهة الشخص لحالات عملية زائدة عن الحد المألوف ، تؤدي الى ارباكه وتضحيته ببذل مزيد من الجهد والعمل).^(٣١) ويلاحظ على هذا التعريف أنه لم يبين طبيعة الحالات العملية الزائدة من جهة ، وأنه لم يضع معياراً واضحاً للحد المألوف في نطاق العمل الاداري من جهة ثانية ، وأنه قطع بأن زيادة العمل تؤدي ارباك الموظف ودفعه الى التضحية العملية من جهة ثالثة. وهذه أمور تفتقر الى الدقة الواجبة التوافر في التعريف . بالاضافة الى استعمال دلائل لفظية غير معبرة عن حقيقة المعنى المقصود . ولهذا فان التعريف المتقدم - في تقديرنا - محل نظر !

* Eli Hart (Formal Organization). Harper and Row and Weather Hill, INC, Tokyo, 1977, (٣) p.212.

وذهب جانب من الفقه الى تعريف ضغط العمل بأنه (زيادة في الوظائف اساسها احتياجات طارئة لتسيير الجهاز الاداري تؤدي الى شعور القائم بها بمشكلات صحية وبدنية مما يضعف الجهاز العمل).^(٤١)

ويؤخذ على هذا التعريف أنه لم يبين نوع الوظائف الزائدة من جهة، وأنه جعل ضغط العمل ناتجاً عن (احتياجات طارئة) فقط، أي جعله مؤقتاً من جهة ثانية، وأنه عكس ضغط العمل على المشكلات الصحية والبدنية فقط دون التنبيه الى آثار خطيرة شخصية وتنظيمية أخرى من جهة ثالثة، بالإضافة الى أنه كسابقه يستعمل دلائل لفظية غير معبرة عن حقيقة المعنى المقصود. ولهذا فان التعريف المتقدم - في تقديرنا - غير مقبول. وذهب جانب من الفقه الى تعريف ضغط العمل بأنه (يشير الى الموقف الذي يؤثر فيه التعامل بين ظروف العمل وشخصية الاداري على حالته النفسية والبدنية التي قد تدفعه الى تغيير قط سلوكه الاعتيادي).^(٤٢)

ويسجل على هذا التعريف أنه اسس ضغط العمل على التفاعل بين ظروف العمل وشخصية الاداري دون أن يبين فحوى هذه الظروف وتنوعاتها ومظاهرها وجوانبها. كما أنه ركز الآثار الناتجة عن ضغط العمل على الحالة النفسية والبدنية للشخص دون التنبيه الى وجود آثار تنظيمية أخرى على درجة كبيرة من الأهمية. كما أنه لم يبين طبيعة وكيفية التغيير في النمط السلوكي الاعتيادي للشخص، بالإضافة الى أنه كسابقيه يستعمل دلائل لفظية غير معبرة عن حقيقة المعنى المقصود. ولهذا فان التعريف المتقدم - في تقديرنا - معيب.

* Rankin F. Walter (Public Administration and Administrative Law). Prentice - Hall of (٤١) India private limited, India, 1978, P.P.225,236.

ونقترح على القارئ الكريم أن يقارن في هذا المجال :-

* D, sachdeva and V.Bhushan (Introduction to Public Administration). S. chand and Co. India, 1967, P.175.

* W.H.Newman and C.E, Summer and E.K. Warren (The Process of Management). 1970, P.95.

* T.A. Beehr and J.G. Newman (Job stress-Employee Health and Organizational Effectiveness. A Fact Analysis, Model, and Literature Review) Personnel Psychology. 1978, P.P. 665 P.P

وفي ضوء ما تقدم ، فالرأي عندنا أن ضغط العمل الوظيفي-في مجال دراستنا الادارية هذه-هو زيادة مشروعة في الاختصاصات الوظيفية، يتعين على الموظف المجازها في اوقات محددة، مقترنة بأسباب ومصادر (شخصية) و (تنظيمية) متعددة، تنعكس آثارها على الموظف نفسه أصلاً، وبالتالي على الجهاز الاداري الذي يعمل فيه.

ويتضح من تعريفنا المتقدم ما يلي:-

أولاً: أن الزيادة المنوطة بالموظف هي زيادة في الاختصاصات الوظيفية محور عملية النشاط الاداري وليست زيادة في امور انسانية أو اجتماعية أو عائلية أو غيرها. وهذه الزيادة هي زيادة مشروعة، أي أنها معطاة للموظف بسند دستوري أو قانوني أو نظامي أو لاتحي، سواء من المشرع مباشرة، أو من اصحاب السلطات المعنيين في الجهاز الاداري . وتتمثل هذه الاعباء الوظيفية بتصرفات متعددة منها التفويض الاداري، والانتداب ، والائابة والحلول، وأوامر التكليف وغيرها.^(٦)

ثانياً: أن الموظف ملزم بالجهاز هذه الزيادة المشروعة في الاختصاصات الوظيفية في اوقات محددة . فنعتبر (الالزام) في الجهاز وعنصر (التحديد) في الوقت الواردان في التعريف، هما الشرارة التي توقد ضغط العمل الوظيفي .

ثالثاً: أن الزيادة المشروعة في الاختصاصات الوظيفية التي يتعين على الموظف المجازها في اوقات محددة ، ليست كافية لايجاد ضغط العمل بالمعنى الذي

(٦) انظر في هذه الأرواح الادارية:-

* H.Koontz and C.O.Donnell (Principles of management- An analysis of managerial Functions). New York, 1968, P.349.

والدكتور عبد الفتاح حسن (التفويض في القانون الاداري وعلم الادارة العامة) طبعة سنة ١٩٧٠/١٩٧١، الناشر :- دار النهضة العربية، القاهرة، صفحة ٢٣ وما بعدها . والدكتور سليمان الطماوي (الوجيز في القضاء الاداري) طبعة سنة ١٩٧٢، الناشر:- دار النهضة العربية، القاهرة صفحة ٤١١. والدكتور حنا ليراهيم تلة (القضاء الاداري في الأردن) طبعة سنة ١٩٧٢، عمان صفحة ٣٦٤. والدكتور بشار عبد الهادي (التفويض في الاختصاص -دراسة مقارنة) المرجع السابق . صفحة ١١٢ وما بعدها. والدكتور عبد الفتاح بسيوني (التفويض في السلطة الادارية) طبعة سنة ١٩٨٦، الناشر :- النور الجامعية للطباعة والنشر . بيروت . صفحة ٤١ وما بعدها.

أردانة من وراء التعريف، بل لا بد أن تكون مقترنة بأسباب ومصادر أخرى. وهذه الأسباب والمصادر الأخرى قد تكون شخصية، أي متصلة بشخص الموظف نفسه كعلاقاته برؤسائه وزملائه ومرؤسيه، وقد تكون تنظيمية، أي متصلة بالجهاز الإداري الذي يعمل فيه الموظف كظروف العمل وتنظيمه ومشكلاته الفنية.^(٧)

رابعاً: أن آثار الزيادة المشروعة في الاختصاصات الوظيفية، مضافاً إليها آثار الأسباب والمصادر الشخصية والتنظيمية، هي التي تنعكس في مجموعها على الموظف نفسه، وبالتالي على الجهاز الإداري الذي يعمل فيه، وفقاً للتفصيل الذي سنتناوله في حينه.

وهكذا يتضح من تعريف ضغط العمل الوظيفي، أنه لا يقوم على جانب واحد فقط، بل على عدة جوانب تتجمع معاً لا يجهده، وبالتالي إحداث آثاره.

المطلب الثاني

علاقة ضغط العمل بأوجه السلوك في الجهاز الإداري

هناك علاقة وطيدة بين ضغط العمل الوظيفي وبين أوجه السلوك المختلفة للموظفين في الجهاز الإداري. ويوضح جانب من الفقه الإداري هذه العلاقة من خلال شرحه لنمط سلوك العاملين في المنظمة الإدارية، حيث يرى أن السلوك يتولد من التفاعل بين ثلاثة مجالات هي: البيئة الطبيعية والتكنولوجية التي يحدث فيها السلوك، والبيئة الاجتماعية والعلاقات الثنائية التي يحدث فيها السلوك، والنظام الشخصي الذي يصدر

(٧) قانون في هذا المجال :-

- * Marshall Dimock and Gladys Dimock and Louis Koiring (Public Administration). Holt , Reinhart and Winston, New York, 1961, P.P. 379.F.F.
- * D.R.Sachdeva and V.Bhushan (Introduction to Public Administration).Op. Cit. P. 175.
- * Fritz Marx (Elements of public Administration). Prentice Hall of India Private Limited, India, 1968.P.140.
- * W.H.Newman and C.E.Sumner and E.K. Warren (The process of management). Op. Cit. P.P. 95 F.F

عنه نمط السلوك.^(٨)

ويؤدي تفاعل هذه المجالات معاً الى الاطار السلوكي للمنظمة الادارية من جهة، وأعمال المنظمة الادارية من جهة ثانية ، والادوار في المنظمة الادارية من جهة ثالثة. ويرتبط على التفاعل المشترك في صورته النهائية (سلوك العاملين).^(٩)

ويعرف هذا الجانب من الفقه الاداري (السلوك) في المنظمة الادارية بأنه سلوك العاملين للقيام بأعمال محددة من خلال ادوار محددة مقترنة بهذه الأعمال، داخل نطاق سلوك تنظيمي.^(١٠)

وينتهي هذا الجانب من الفقه الى أن ضغط العمل داخل المنظمة الادارية ، يوجد من خلال (التفاعل) بين المجالات الثلاثة المذكورة، حيث ينشأ عن التفاعل نمط سلوك العاملين. فالعلاقة اذن بين ضغط العمل وبين هذا النمط، هي علاقة سببية ومباشرة.^(١١)

ومع تقديرنا لهذه الآراء التي ابداهها هذا الجانب من الفقه في شأن علاقة ضغط العمل بأوجه السلوك في الجهاز الاداري ، الا اننا لا نتفق معها ولا نميل الى قبولها . وتفسير ذلك انها آراء تتناول هذه العلاقة من مداخل تنظيمية غير متألقة ، يشوبها الغموض وعدم الاتساق ، الامر الذي يجعل من محصلتها العلمية النهائية محصلة متناقضة مع مفهوم مقدماتها ! فعندما يتحدث هذا الجانب من الفقه - ومن يتفق معه - عن بيئة طبيعية وتكنولوجية ونظام شخصي تتفاعل معاً لتوجد اطر وأعمال وأدوار تنتهي بنمط سلوكي يتعلق مباشرة بضغط العمل ، فإنه يقحم على مفهوم السلوك الاداري داخل

* M.Dunnette (Handbook of Industrial and Organizational psychology) Rand (A) Mcnally,1976, P.P. 1368 F.F.

* M. Dunnette (Handbook of Industrial and Organizational psychology) Op. Cit. p.p. (٩) 1398. F.F.

* M. Dunnette (Handbook of Industrial and Organizational psycho-logy) .Op. Cit. P. (١٠) 1370.

* M. Dunnette (Handbook of Industrial and Organizational psychology). Op. Cit. P.P . (١١) 1370 F.F.

وأظهر الدكتور زهير الصباح (ضغط العمل) المرجع السابق صفحة ٢٩. ويقترح على القارئ الكريم أن يقارن في هذا الشأن الدكتور رياض الزغل (الصراع داخل التنظيم - مناهج وسيرياته وعلاقته مع البيئة المحيطة) مقال منشور في المجلة العربية للإدارة ، تصدرها المنظمة العربية للمعلوم الادارية، المجلد الخامس - العدد الأول شتاء ١٩٨٤ ، صفحة ٧٤ وما بعدها .

المنظمات والأجهزة الادارية المختلفة - وعلى آثاره - عناصر غربية عن طبيعة هذا السلوك وإساسه كما عرفناه ودرسناه وحللناه في الآفاق العلمية الرحبة للفكر القانوني والاداري معاً.^(١٢)

يضاف الى ما تقدم ، أن هذا الجانب من الفقه يحمل آراءه في توضيح علاقة ضغط العمل بمنع السلوك في المنظمة الادارية أكثر مما تتحمل ، الأمر الذي عقد الموضوع ، وأخرجه عن بساطته العلمية والعملية بلا مبرر، وأدى الى تشتيت هذه الآراء وذوبانها في بحر واسع من المناقشات التي يصعب ادراكها مهما اوتي الباحث من طاقة على التقصي والمثابرة !.

وأخيراً ، فإن هذا الجانب من الفقه - ومن حاكاه - يستعمل في معالجاته الادارية لهذا الموضوع اسلوباً قسافاً قطعاً برسومات هندسية توضيحية تملأ صفحات دراساته ومؤلفاته . وهذا الأسلوب رغم شيوعه والسكوت عليه ، هو اسلوب - في تقديرنا - غير مستساغ ، يتنافى مع طبيعة الدراسات الادارية - خاصة القانونية منها - التي يجب أن تحظى بالشرح الدقيق الواضح .

(١٢) من الدراسات المهمة في السلوك الاداري :-

* H . A Simon (Administrative Behaviour). Free Press, New York , 1957.

ومن المجدد بالذكر أن (هرت سيمون) حصل على جائزة (نوبل) لعام ١٩٧٨ حيث ركزت هذه الجائزة على كتابه (السلوك الاداري) الذي اشرفنا اليه.

* B. Bercelson and G. Steiner (Human Behaviour). Harcourt, Brace and world, INC. New York, 1967.

* Harold M.F. Rush (Behavioral Science concepts and Management Application). The conference Board, INC. New York , 1969/1978.

* J. Gray and F. Starke (Organizational Behaviour-Concepts and Applications), Charles E. Merrill publishing Co. London , 1980.

ومن الفقه العربي :- الدكتور إبراهيم العمري (السلوك الانساني) طبعة سنة ١٩٧٤ ، الناشر :- دار الجامعات المصرية ، الاسكندرية. والدكتور علي السلمي (السلوك الانساني في الادارة) طبعة سنة ١٩٧٥ ، الناشر مكتب غريب القاهرة. والدكتور زكي محمود هاشم (المجرات السلوكية في الادارة) طبعة سنة ١٩٧٨ ، الناشر وكالة للطبوعات ، الكويت . والدكتور عبد الهادي درة (دور العلوم السلوكية في التنمية الادارية) مقال منشور في المجلد العربية للادارة تصدرها المنظمة العربية للعلوم الادارية ، للجلد الرابع ، المجلد الاول والثاني ، حزيران ١٩٨٠ ، صفحة ٥٩ . والدكتور مهدي حسن زويكف (علم النفس الاداري ومحددات السلوك الاداري) المرجع السابق .

وفي ضوء ما تقدم ، نستطيع أن نقرر بأن هناك علاقة بين ضغط العمل الوظيفي وبين أوجه السلوك المختلفة للموظفين في الجهاز الإداري . ولكن هذه العلاقة لا ترجعها مداخل نظرية أو تطبيقية صعبة ومعقدة ، ولا تشرحها رسومات هندسية أو جداول رمزية أو رقمية صماء ، وإنما توجدنا (طبيعية) و (مقتضيات) معايشة الموظف السلوكية مع الأشخاص الذين يعملون معه في الجهاز الإداري ، بالإضافة إلى معايشة هذا الموظف مع العمل الوظيفي نفسه .

ويعنى آخر ، فإن ضغط العمل الوظيفي - بالمعنى الذي أوردناه - ينتج (طبيعيةً وحتماً) عن أوجه السلوك في الجهاز الإداري ، لأن هذا السلوك المقترن بالجوانب التنظيمية للعمل ، هو محرك مهم وفعال جداً لأية عملية إدارية ضمن نطاق النشاط الإداري . وبناءً على ما تقدم ، فإننا نرى بأن الجوانب السلوكية التي يعيشها الموظف العام في الجهاز الإداري ، وكذلك الجوانب التنظيمية للعمل داخل هذا الجهاز ، تشكلان معاً مصادر ضغط العمل الوظيفي وفقاً للتفصيل الذي سنتناوله في المبحث التالي.

المبحث الثاني

مصادر ضغط العمل ومدى مواجهته

ستتسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في أولهما مصادر ضغط العمل ، وندرس في ثانيهما مدى مواجهته .

المطلب الأول

مصادر ضغط العمل

يلتزم جانب من فقهاء الإدارة إلى أن هناك مصادر متعددة لضغط العمل ، وإن هذه المصادر تعود أساساً إلى أوضاع وخصائص البيئة الداخلية للمنظمة. ^(١٣) وتمثل هذه المصادر عند هذا الجانب من الفقه فيما يلي:-

- ١- التقدم المهني.
- ٢- العلاقات في العمل.
- ٣- الهيكل والمناخ التنظيمي .
- ٤- دور الاداري.
- ٥- خصائص العمل ^(١٤)

ويرى هذا الجانب من الفقه أنه (بالرغم من أن المصادر الخمسة المذكورة تؤدي الى أو تسبب ضغط العمل ، الا أن معظم الدراسات أثبتت أن ضغط العمل ، يعود في معظم الأحوال الى المصدرين الاخيرين). ^(١٥)

وفي شأن توضيح هذين المصدرين لضغط العمل ، يركز هذا الجانب من فقهاء الادارة -ومن يتفق معه- على النقاط الآتية :-

١- أن التعارض بين متطلبات العمل الكثيرة والمختلفة وبين امكانيات الشخص ومهاراته ، يولد ضغط العمل. ^(١٦)

٢- إن التعارض بين ظروف وطبيعة العمل وبين احتياجات الشخص الوظيفية ، يولد ضغط العمل. ^(١٧)

٣- ان علاقات الشخص الوظيفية المتعددة مع من يعمل معهم في المنظمة الادارية سواء كانت هذه العلاقات ثنائية أو جماعية ، تؤثر في إيجاد ضغط

* C. Cooper (Stress at work) John Wiley and Sons, New York, 1979, P.83. (١٤)

* L.A.Presten (Organization-Theory and Practice). D. C. Heathand Company, New York, 1986, P.265.

والدكتور زهير الصباغ (ضغط العمل) المرجع السابق ، صفحة ٣٢.

* C. Cooper (Stress at work). Op. Cit. P. 83. (١٥)

والدكتور زهير الصباغ (ضغط العمل) المرجع السابق ، صفحة ٣٢.

* Eli Hart (Forinal organization).Op. Cit. P. 227. (١٦)

* I. A. Presten (Organization - Theory and Practice) Op. Cit. P. 269.

* J.French (Adjustment as a personenvironment fit). Basic Books, 1974, P. P. 102-160. (١٧)

وقد اشار الى نظريته في هذا الموضوع الدكتور زهير الصباغ (ضغط العمل) المرجع السابق ، صفحة ٣٢.

العمل. (١٨)

٤- ان (الموقف) الذي يجد الشخص نفسه فيه مطالباً بأداء دورين متعارضين ، وكذلك (غموض) الدور الوظيفي الذي يقوم به هذا الشخص نتيجة عوامل متعددة منها التغيير في الوسائل التكنولوجية المستخدمة في العمل ، والتغيير في البيئة الاجتماعية للمنظمة وفي الافراد العاملين فيها ، وعدم تدفق المعلومات اقلياً وعمودياً، وعدم تحديد الاختصاصات ووضوحها ، يؤديان الى ضغط العمل (١٩)

ومع تقديرنا لما ذهب اليه هذا الجانب من الفقه في تناوله لمصادر ضغط العمل ، الا أننا نلاحظ في هذا الشأن ، أنه قد استخدم مداخل إدارية متفرقة ومعقدة ، واستعمل دلائل لفظية أو تعبيرية يصعب أحياناً فهم مدلولها ، كما أنه من الناحية الموضوعية لم يتناول الكثير من مصادر ضغط العمل المهمة.

* Eli Hart (Formal Organization) .Op. Cit.P.231.

(١٨)

* John Grawford (Public Administration) Op. Cit.P.130.

* L.A. Presten (Organization - Theory and Practice) Op. Cit.P.269.

(١٩)- انظر تفصيلاً في هذه المسائل :-

- * R.Kahn and D.Wolfe and R.Quinn and J.Snoek (organizational Stress-studies in Role conflict and Ambiguity). John Wiley and sons, New York, 1964, P.66.
- * D. Katz and L.Kahn (The social psychology of organizations). John Wiley and sons, New York, 1969, P.184.
- * H. Tosi (organization Stress as a Moderator of the Relationship between Influence and Role Response). Academy of Management Journal , 14/1,1971.P.16.
- * R. Kahn (Conflict, Ambiguity and Overload Three Elements in Job Stress). Occupational Mental Health, 1973, No. 3, P. 10.
- * H.G. Hicks and C.R. Ghilleit. (The management of Organizations) McGraw-Hill Kogakusha Ltd., Tokyo, 1976, P.P. 133 F.F.
- * W. Duncan (Organizational Behaviour). Houghton Mifflin Co. 1978, P. 185.
- * J. Siocam (Management-Contingency Approach). Addison Wesley, 1978, P. 439.
- * E.B. Flippo and G.M. Munsinger (Management). Allynond Bacon, INC., Boston, 1978, P.P. 248 F.F.
- * F. Luthans (Organizational Behaviour). McGraw-Hill, London, 1981, P.P. 371 F.F.
- * N.R. Maier and G.C. Verser (Psychology in Industrial Organizations). Houghton Mifflin Co., Boston, 1986, P.P. 53. F.F.

ومن اللغة العربي :- الدكتور زهير الصباح (ضغط العمل) المرجع السابق ، صفحة ٣٢ وما بعدها .

والدكتور سمير العسكر (دور الصراع في الإدارة) مقال منشور في المجلة العربية للإدارة ، تصدرها المنظمة العربية للعلوم

الإدارية ، المجلد السابع ، العدد الرابع ، خريف ١٩٨٤ ، صفحة ٣٦ ، و صفحة ٢٨ وما بعدها .

وأياً كان الأمر ، فأننا نرى في ضوء قناعتنا الشخصية والعلمية ، أن اسباب ومصادر ضغط العمل الوظيفي في الأجهزة الادارية المختلفة ، تتمثل بالجوانب الشخصية والسلوكية من جهة ، وبالجوانب التنظيمية والعملية من جهة اخرى ، وفقاً للتفصيل التالي.

الفرع الأول الجوانب الشخصية والسلوكية

ان شخصية الموظف - في تقديرنا- تنعكس على سلوكه في الجهاز الاداري الذي يعمل فيه ، كما أن هذا السلوك ينعكس بدوره على هذه الشخصية . وترتب على ذلك أن تكون الجوانب الشخصية والجوانب السلوكية مؤثرة ومتأثرة في بعضها البعض .
ويلاحظ في هذا المجال ، أن هذه الجوانب الشخصية والسلوكية قد تكون (خارجية) ، أي متصلة بأعمق ما يخص الموظف في بيئته العائلية أو الاسرية أو في تأثيراته الدينية أو الاجتماعية أو الثقافية أو الجسدية ، حيث يكون لها في رأينا أثراً على الشعور بضغط العمل الوظيفي. وقد تكون (داخلية) ، أي في اطار العمل الوظيفي ونطاق الجهاز الاداري نفسه ، وفقاً للتوضيح التالي.^(٢٠)

١- الجوانب الشخصية والسلوكية الخارجية :

تتمثل أهم مصادر ضغط العمل الوظيفي المتعلقة بالجوانب الشخصية والسلوكية الخارجية فيما يلي:-

أولاً: الحالات العقلية والنفسية والجسدية للموظف ، حيث تؤثر هذه الحالات على مدى تحمله العقلي والنفسي والجسدي للعمل الوظيفي ، وبالتالي شعوره أو

(٢٠) ولعل هذا ما دللنا الى القدر بعد أن أوردنا تعريفنا لضغط العمل الوظيفي بأنه (لا يفرم على جانب واحد فقط ، بل على عدة جوانب تتجسع معاً لاجلاده ، وبالتالي أحداث آثاره). انظر ما ورد في نهاية المطلب الاول من المبحث الاول من الفصل الاول من هذا البحث .

علم شعوره بضغط العمل .^(٢١)

ثانياً: عدم قدرة الموظف على مواجهة الازمات والمشكلات التي تواجهه في حياته بشيء من الثبات والحزم ، بالإضافة الى عدم اعداد نفسه للظروف الحياتية الطارئة .^(٢٢) وهذا كله ينعكس على عمله الوظيفي انعكاساً يكون في الغالب سلبياً ، وقد يؤدي الى ايجاد ضغط العمل .

ثالثاً: طبيعة ونوعية الثقافة التي تأثر بها وورثها الموظف عن عائلته واسرته . وهذه الثقافة تؤثر على وسائل معالجته لعمله الوظيفي ، وبالتالي شعوره أو عدم شعوره بضغط العمل .^(٢٣)

٢- الجوانب الشخصية والسلوكية الداخلة :

تتمثل أهم مصادر ضغط العمل الوظيفي المتعلقة بالجوانب الشخصية والسلوكية الداخلية فيما يلي:-

أولاً: عدم اطمئنان الموظف لقدرته على تحقيق اهداف العمل الذي يقوم بادائه ، وعدم ثقته باستطاعة الجهاز الاداري الذي يعمل فيه تحقيق هذه الاهداف .^(٢٤) وهذه حالة من الحالات القاسية التي تثير شعور الاحباط لدى الموظف ، وتؤدي الى ايجاد ضغط العمل .

(٢١) قارن في هذا الشأن ما ذكره (Alexander Leighton) في مرجع الاساطلة:-

* William Mosher, J.Kingsley and O. Stahl (Personnel Administration). Herper and Brothers, New York, P.286.

(٢٢) قارن في هذا الشأن الدكتور عادل حسن والدكتور عبد المنعم لوزي (الادارة العامة) طبعة سنة ١٩٦٤ ، الناشر : منشأة المعارف ، الاسكندرية ، صفحة ٢٢٢ وما بعدها . وتدرج في نطاق هذا المصطلح طبيعة الحال المشكلات الشخصية والعائلية والاسرية وغيرها من المشكلات التي يتعرض لها الموظف .

(٢٣) انظر في هذا الاتجاه:-

* Gerald E. Caiden (The Dynamics of public Administration). Holt Rinehart and Winston INC, New York , 1971.P.234.

(٢٤) - قارن في هذا الشأن وجهة نظر (Alexander Leighton) في معرض حديثه عن العلاقات الانسانية والمنعوية في العمل ، والتي وردت في مرجع الاساطلة:-

* William Mosher, J.Kingsley and O. Stahl (Public Personnel Administration). OP. Cit. P.P.286 F.F.

ثانياً: وجود قيم سائدة بين الموظفين داخل نطاق العمل ، تخلق الموظف وتثير في نفسه مشاعر عدم الرضا ، الأمر الذي يؤدي بدوره الى احساسه بضغط العمل. (٢٥)

ثالثاً: عدم وضع الموظف في العمل الذي يناسب مؤهلاته العلمية وخبراته العملية وميوله ومهاراته الوظيفية، بالإضافة الى عدم مساعدته من قبل المسؤولين في الجهاز الاداري على تعلم واستيعاب المعلومات المتعلقة باعمال معينة. (٢٦)

وكل هذه المسائل تسبب في ضوء المنطق والعقل والواقع، ضغطاً شديداً في العمل.

رابعاً: وجود علاقات عمل سيئة بين الموظف وبين (رؤسائه) أو (زملائه) أو (مؤوسيه) تتمثل في فقدان الثقة الشخصية والوظيفية بينهم جميعاً (٢٧) ، وقيام منافسة غير صحية ولا مشروعة، وحدث صراع حاد في نطاق العمل ، وما يتفرع عن كل هذه الأمور من مشكلات شخصية وسلوكية وتنسية مؤلة، تنطوي على مخاطر جسيمة ، وتؤدي الى ايجاد ضغط العمل. (٢٨)

* Gerald E. Caiden (The Dynamics of public- Administration). Op. Cit. P. 234. (٢٥)

(٢٦) أنظر في هذا الشأن -

* Gerald E. Caiden (The Dynamics of Public Administration) Op. Cit. P. P. 234 F. F.

* Herbert Hicks and C. Ghillett (Organization - Theory and Behaviour) McGrow - Hill Kogakusha, Tokyo, 1975, P.194.

(٢٧) - أنظر في هذا الشأن -

* William Mosher, J.Kingsley and O. Stahl (Public Personnel Administration).Op. Cit. P. 286.

* Gerald E.Caiden (The Dynamics of Administration) Op. Cit. P. 234.

والدكتور عمار بوحوش (نظريات الإدارة العامة) سلسلة أبحاث تصدرها المنظمة العربية للعلوم الإدارية، العدد ٢٣٥ ، ١٩٨٠ ، صلحة ٤١ وما بعدها . والدكتور زهير الصباغ (ضغط العمل) المربع السابق ، صلحة ٣٧ وما بعدها .

(٢٨) أنظر تفصيلاً في الصراع داخل المنظمات والأجهزة الإدارية -

* P.Lawrence and J.Lorsh (Organization and Environment) Richard D. Irwin, 1967, P. P. 74 F.F.

* R. H. Hall (Organizations, Structure and process) Prentice Hall, london, 1974, P, 202,

* D. Hellriegel and J.W.Slocum (Management: Contingency Approaches) Addison-Wesley Publishing Co. 1978,P.P.432 F.F.

والدكتور سمير أحمد العسكر (دور الصراع في الإدارة) المربع السابق ، صلحة ٢٦ . والدكتورة رياض الزغل (الصراع داخل التنظيم - مناهجه وصيرورته وعلاقته مع البيئة المحيطة) المربع السابق، صلحة ٧٤.

خاصاً: عدم توافر الامن والطمأنينة لدى الموظف في نطاق العمل. وينتج هذا عن افتقاره للمرتب المناسب ، والاستقرار الوظيفي الدائم ، ولفرص الترقية العادلة، وللمعاملة المحترمة والاعجاب والتقدير خاصة من قبل رؤسائه^(٢٩). وكل هذه المسائل والامور تعتبر مصدراً مهماً من مصادر ضغط العمل .

وهكذا نخلص الى القول ، بأن ضغط العمل الوظيفي ينبع من الجوانب الشخصية والسلوكية الخارجية والداخلية معاً، ويظهر في ضوء مدى تأثر الموظف بهذه المصادر والاسباب.

الفرع الثاني

الجوانب التنظيمية والعملية

تظهر الجوانب التنظيمية والعملية كمصدر من مصادر ضغط العمل الوظيفي من خلال الجهاز الاداري نفسه. بمعنى أن التنظيمات العملية داخل هذا الجهاز ، وما يحيط بها وما يستتبعها من اوضاع ومؤثرات وروابط وعلاقات ومعوقات وظيفية مختلفة ، هي التي تؤثر على سير العمل ، وتكون بالتالي مصدراً لضغطه^(٣٠). وتتمثل أهم مصادر ضغط العمل الوظيفي المتعلقة بالجوانب التنظيمية والعملية فيما يلي:-

(٢٩) انظر تفصيلاً في هذا الشأن:-

* William Mosher, J.Kingsley and O. Stahl (Public Personnel Administration) Op. Cit, P. 292.

* L.A.Presten (Organization-Theory and Practice) Op.Cit. P.148.

والدكتوران عادل حسن وعبد المتعم فوزي (الادارة العامة) المرجع السابق، صفحة ٢٣٤. والدكتور سليمان الطماوي (مبادئ علم الادارة العامة) طبعة سنة ١٩٦٩، الناشر:- دار الفكر العربي، القاهرة، صفحة ٦٠٩ وما بعدها.
(٣٠) لاحظنا من خلال اطلاعنا على المراجع العلمية التي عدنا اليها في هذا المجال ، أن بعض النقهاء - دمج الكثير من هذه المصادر في مفاهيم واحدة ، فجات غامضة مفتقرة الى الوضوح . كما أن بعض هؤلاء النقهاء ، أغفل العديد من هذه المصادر فلم يأت على ذكرها رغم أهميتها !!

أولاً: عبء العمل الوظيفي وظروفه ومشكلاته الفنية العادية والطارئة . فكلما ازدادت الاختصاصات الوظيفية ، كلما ازدادت الضغوط العملية بصورة مطردة . يضاف الى هذا أن ظروف اداء العمل نفسه ، ووجود مشكلات فنية مقترنة به بصورة مستمرة سواء كانت عادية أو طارئة، تؤدي جميعها الى ايجاد ضغط العمل لدى الموظف واثقال كاهله به^(٣١) .

ثانياً: ضغط الوقت . فالعمل الوظيفي مرتبط ارتباطاً حتمياً بحقوق وحرىات المواطنين الذين يريدون بداية إنهاء معاملاتهم وتحقيق مصالحهم بأسرع وقت ممكن ، الامر الذي يجد معه الموظف أنه ملتزم بسرعة المجاز الاختصاصات في وقت محدد دون أي خيار، وهذا الالتزام الزمني المقترب أيضاً يمدى حرص الموظف على اتقان عمله ، ومسؤوليته امام رؤسائه عن سرعة الانجاز، بولد لديه في الغالب- اذا لم ينظم تنظيمياً سليماً - ضغطاً عملياً ملموساً^(٣٢) .

ثالثاً: الخلل في خطوط الاتصال والتنظيم والتنسيق والارشاف داخل الجهاز الاداري، سواء وقع هذا الخلل في هذه المسائل بين الرئيس الاداري وبين رؤوسه ، أو بين الموظفين بعضهم وبعض ، الامر الذي يختل معه توزيع العمل ، وتنشأ في ظله فرضى ادارية تؤدي الى عدم وجود توازن تنفيذي للاختصاصات الوظيفية^(٣٣) ، وهذه الاوضاع التنظيمية في وصفها المتقدم - وفي تقديرنا -

(٣١) - انظر في هذا الشأن :-

* Herbert Hicks and C. Ghillett (Organization - Theory and Behavior) . Op. Cit.P. 194.

(٣٢) ظهرت في الاونة الاخيرة دراسات عديدة اهتمت بمعالجة (الوقت) فذكر منها :-

* H.Seyle (The Stress of life) Revised edition, McGraw-Hill Book Co. New York, 1976, P.P.15 P.F.

* L.A. Presten (Organization -Theory and practice) Op. Cit.p.210.

وباللفة العربية انظر الدكتور رائد ستور (ادارة التمرير تعني ادارة الوقت) مقال ترجمه الاساذ صلاح الصلدي، منشور في المجلة العربية للادارة ، تصدرها المنظمة العربية للعلوم الادارية ، المجلد الرابع ، العدد الثالث ، ١٩٨٠ ، صفحة ٤٢ .

(٣٣) - قارن في هذا المجال:-

* H.Koontz and C.O, Donnell (Principles of Management-An analysis of managerial functions) .Op. Cit.P.P.72F.F.

والدكتور بشار عبد الهادي (التفويض في الاختصاص- دراسة مقارنة) المرجع السابق، صفح ٦٠٢ . والدكتور عبد الحليم زويل (علم النفس الاداري ومحددات السلوك الاداري) المرجع السابق، صفحة ٥ ، ٤٢ .

تعتبر مصدراً من مصادر ضغط العمل .

رابعاً : عدم تحديد الاختصاصات الوظيفية داخل الجهاز الإداري تحديداً دقيقاً وواضحاً بأسلوب علمي حديث يسهل على الموظفين اداثهم لها^(٣٤) ، والخروج عن نظام تدرج الوظائف ووحدة الرئاسة على الموظف الواحد^(٣٥) . وهذه الاوضاع التنظيمية ايضاً تعتبر مصدراً اساسياً من مصادر ضغط العمل.

وهكذا نخلص الى القول ، بأن ضغط العمل الوظيفي ينبع ايضاً من الجوانب التنظيمية والعملية الاساسية ، ويظهر في ضوء مدى تأثر الموظف بهذه المصادر والاسباب.

المطلب الثاني

مدى مواجهة ضغط العمل

هناك أربع مراحل لضغط العمل الوظيفي ، تبدأ في التدرج من الحالة العادية التي يمارس فيها الموظف عمله ، وتصل الى أعلى مدى من ضغط العمل يواجهه هذا الموظف^(٣٦) .

(٣٤) يعني تحديد الاختصاصات الوظيفية تعريف كل موظف من الموظفين داخل الجهاز الإداري باختصاصاته تعريفاً دقيقاً ومفصلاً ، بحيث لا يرجع الى أي موظف آخر الا في الحالات التي تخرج عن نطاق اختصاصاته انظر في هذا الموضوع :-

* H.Koontz and C.O, Donnell (Principles of management - An analysis of managerial Functions). Op. Cit.P.72.

(٣٥) يعني هذا النظام تعدد المستويات والراكز الوظيفية مع تدرجها وتمازجها في خطوط تربط كل رئيس برؤسبه ، بحيث يعرف الرئيس الإداري جميع مرؤوسيه ، ومدى الاختصاصات والسلطات والمسؤوليات المترتبة بكل واحد منهم . كما يعني هذا النظام ايضاً عدم تعدد الرئاسة على المرؤوس الواحد ، لأن التعدد يؤدي الى مشكلات ادارية وعملية عديدة . انظر في هذا الموضوع :-

* Marshall Dimock and Gladys Dimock and Louis Koining (Public Administration) Op. Cit . P.P.376 F.F.

* Fritz Marx (Elements of public Administration) Op. Cit. P.140.

وستذكر القارئ بهذا النظام عند تناولنا لمداخل العلاج التنظيمية في موضوع لاحق من هذا البحث .

* F.H.Mumford (Organizational Behaviour) Private Limited , India, 1986, P.202. (٣٦)

ويمكن توضيح هذه المراحل كما يلي :-

أولاً: مرحلة التحمل : وفي هذه المرحلة يشعر الموظف بضغط في العمل ، ولكنه يتحملة ويواجهه دون أي تغيير في سلوكه الاعتيادي سواء كان هذا السلوك شخصياً أو وظيفياً^(٣٧) . وتستمر هذه المرحلة لفترة قد تطول وقد تقصر ، تبعاً للعوامل المؤثرة في مدى تحمل الموظف لضغط العمل ، والتي سنتشرحها بعد قليل .

ثانياً: مرحلة الشعور: وفي هذه المرحلة يحدث تغيير طفيف في سلوك الموظف الشخصي والوظيفي (كتغيير في عاداته الشخصية وعلاقاته الاجتماعية وحالته الصحية والنفسية، وفي معاملاته مع رؤسائه وزملائه، وفي وسائله المتبعة لأداء عمله وغيرها...) ويكون سبب هذا التغيير شعوره بوجود ضغط مستمر في العمل يسعى بهجه أضافي لمواجهته^(٣٨) .

ثالثاً: مرحلة الخسوف : وفي هذه المرحلة يحدث تغيير كبير واضح وملحوس في سلوك الموظف الشخصي والوظيفي، سببه وجود ضغط مؤثر في العمل يتبع من مصادره المتعددة التي سبق تبيانها^(٣٩) .

رابعاً: مرحلة التمزق والانهيار: وفي المرحلة النهائية ، يصل ضغط العمل الى ذروته ، الامر الذي يؤدي الى تغير جذري في سلوك الموظف الشخصي والوظيفي ، كما قد يؤدي الى مضاعفات خطيرة منها الاصابة بأمراض جسدية ونفسية كالاعياء والشعور بالاعياء المتقطع ، والانهيار العصبي وغيرها^(٤٠) .

هذه هي مراحل ضغط العمل، الوظيفي التي تتدرج صعودياً . فهل يبدأ الموظف حتماً -عند وجود مثل هذا الضغط- بمواجهة المرحلة الاولى منها لينتقل الى المرحلة الثانية فالثالثة فالرابعة؟

(٣٧) قانون في هذا الشأن :-

* F.H.Mumford (Organizational Behaviour) Op.Cit.P.210.

(٣٨)

* F.H.Mumford (Organizational Behaviour) Op.Cit .P.210.

(٣٩) أنظر في هذا المجال مرجع الأستاذ :-

* I. A. Presten (Theory and Problems of Social Psychology) D.C.Heathe and Company, New York (and London) 1984, P.361.

* L.A. Presten (Theory and Problems of social psychology) Op.Cit. P.P.360 F.F.

(٤٠)

- F. H. Mumford (Organizational Behaviour) Op. Cit. P.23.

للإجابة عن هذا التساؤل نقول بأن نطاق المواجهة والمرونة ، يتأثر - في تقديرنا - بعدة عوامل قد تؤدي بدورها الى تحمل الموظف لضغط العمل الوظيفي أو إلى عدم تحمله له .
يعنى أن هذه العوامل هي التي تحدد مرحلة ضغط العمل التي يعيشها الموظف وينجز أعماله في نطاقها ، فيبقى فيها أو ينتقل الى تاليتها .

وفي ضوء ما تقدم ، يمكن إيجاز أهم العوامل التي تؤثر في تحمل الموظف لضغط العمل الوظيفي أو عدم تحمله له فيما يلي :-

أولاً: الإدراك : إن ادراك الموظف لوجود ضغط في العمل ، يؤدي الى بداية تفكيره بهذا الضغط ، ومن ثم توسيع احساسه تجاهه لمواجهته ومعالجته . فالادراك مرحلة تمهيدية ، ولكنها في الوقت نفسه مرحلة أساسية للاحساس بضغط العمل الوظيفي.^(٤١)

ثانياً: خصائص الموظف : تتبدى أهم هذه الخصائص بشخصية الموظف وسماتها العامة المتداخلة بها والتفاعلة معها ، كثقافته العامة والتخصصة ، وشعوره بالتلق والاكتناب الظاهر أو البهم ، وحبه أو كرهه للمنافسة مع زملائه داخل الجهاز الإداري الذي يعمل فيه ، وخوفه أو عدم خوفه من الفشل في أدائه لعمله أو اتقانه له ، وشدة حساسيته وإفراطها سواء في معاملة الناس أو لما يدور حوله من أقوال وأفعال ، وخصائصه الوراثية ، وتربيته البيئية ، وطبيعة المجتمع الذي يعيش فيه ، وغيرها .^(٤٢)

ثالثاً: الخبرة العملية : فالموظف الذي يملك خبرة عملية مناسبة ، يستطيع أن يواجه ضغط العمل الوظيفي ويعالجه بقدرة ومرونة ودراية أكثر من ذلك الموظف الذي يفتقر الى مثل هذه الخبرة^(٤٣) . ويمكننا أن نضيف هنا عامل (العمر) الذي يرتبط بالخبرة العملية

(٤١) - انظر الدكتور زهير الصياغ (ضغط العمل) المرجع السابق صفحة ٢٩ ، ٣٠ ، حيث يقول :-

يجب أن نوضح بأن الاحساس بوجود ضغط العمل يعتمد على مدى ادراك الإداري لوجود مثل هذا الضغط . أي أن ادراكه لوجود أحد مصادر الضغط هو الذي يؤدي الى الشعور والاحساس بوجود مثل هذا الضغط ويجب أن لا تنسى أن ادراك الإداري لوجود المصدر مرتبط أولاً وأخيراً بنظامه الإدراكي أو المعرفي ٤٠٠ .

(٤٢) - أنظر في هذا المجال الدكتور إبراهيم المصري (السلوك الإنساني) المرجع السابق ، صفحة ١٧ . والدكتور مهدي حسن زويك (علم النفس الإداري ومسندات السلوك الإداري) المرجع السابق ، صفحة ٤٠ وما بعدها . وجدير بالذكر أننا هنا قد أوردنا أمثلة متعددة لهذه الخصائص بالرغم من أننا لم نلجأ في المراجع التي عدنا إليها .

* M.Dunnette (Handbook of Industrial and organizational Psychology) Op. Cit. P. (٤٧)

نفسها ، ويدل على الاتزان النفسي والنضوج العقلي والعاطفي للموظف ، ويساعده على مواجهة ومعالجة ضغط العمل الوظيفي.

وأخيراً: الدعم : ونعني به هنا الوقوف بجانب الموظف الذي يواجه ضغط العمل ومساندته وتشجيعه مادياً وإدبياً، سواء من قبل رؤسائه أو من قبل زملائه في الجهاز الإداري الذي يعمل فيه وفي الأجهزة الإدارية الأخرى التي يتعامل معها. ويلعب الدعم والتعزيز هنا دوراً مؤثراً في قدرة الموظف على مواجهة ومعالجة ضغط العمل الوظيفي.^(٤٤)

وهكذا نخلص إلى القول ، بأن هذه العوامل ، تلعب دوراً مؤثراً في القدرة على مواجهة ومعالجة الموظف لضغط العمل الوظيفي ، أو في عدم القدرة على مواجهته ومعالجته له ، الأمر الذي قد يوصل بعض فئات الموظفين إلى مرحلة (الحضوح) أو إلى مرحلة (التمزق والانهيار) وما يؤدي إليه من مشكلات شديدة "الخطورة في الأجهزة الإدارية المختلفة".

المبحث الثالث آثار ضغط العمل

عند توافر مصادر ضغط العمل الوظيفي التي تناولناها في المبحث الثاني من هذا الفصل ، تبدأ آثار هذا الضغط بالظهور لدى الموظف في حدود عوامل المواجهة التي ذكرناها.

ويذهب جانب من الفقه ، إلى أن ضغط العمل الوظيفي لا يؤدي بالضرورة إلى آثار أو مظاهر سلبية ، بل قد يؤدي إلى آثار أو مظاهر إيجابية ، تتمثل في تحمس الموظف لمواجهته وذلك بقوة الإرادة ودوام التعلم وبذل المزيد من الجهد والمثابرة، الأمر الذي يحسن

^{٤٤} M.Dunnette (Handbook of Industrial and Organizational Psychology) Op. Cit. P.(٤٤) 1:79.

الاداء الوظيفي ، ويرفع مستوى الكفاءة والفاعلية في انجاز العمل.^(٤٥)

ومع تقديرنا لهذا الرأي ، إلا أننا لا نتفق معه ، ونرى بأن مثل هذه الآثار الايجابية قد تبدو في المرحلة الاولى فقط من مراحل ضغط العمل الوظيفي ، حيث يتحمل الموظف هذا الضغط ويواجهه دون أي تغيير في سلوكه الاعتيادي ، سواء كان هذا السلوك شخصياً أو وظيفياً ، وهنا قد تظهر بعض الآثار أو المظاهر الايجابية التي يتحدثون عنها ، وهي آثار قليلة ومحددة.

أما في المراحل التالية ، فتبدأ الآثار السلبية لضغط العمل بالظهور رويداً رويداً ، وقد تؤدي - إذا لم تعالج - إلى مشكلات شديدة الخطورة سواء لشخص الموظف نفسه ، أو للجهاز الاداري الذي يعمل فيه .^(٤٦)

وبناء على ما تقدم ، يمكن تقسيم الآثار السلبية لضغط العمل الوظيفي الى آثار سلبية شخصية ، وآثار سلبية تنظيمية . وفي ضوء ذلك ، سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نتناول في اولهما الآثار السلبية الشخصية ، ونتحدث في ثانيهما عن الآثار السلبية التنظيمية.

المطلب الأول

الآثار السلبية الشخصية

تتمثل -في رأينا- أهم الآثار السلبية الشخصية لضغط العمل الوظيفي التي قد يصيب احدها او بعضها الموظف فيما يلي :

* Harold Leavitt (Managerial Psychology) University of Chicago, Press Chicago, (٤٥) London, 1978, P. 20.

* T. Beehr (Personnel and Organizational Strategies for Handling Job Stress) Personnel Psychology, Vol. 32, 1979, P.P. 1 F.F.

* J. Yates (Managing Stress) American Management Association, 1979 P.P. 29 F.F.

* L. A. Presten (Organization-Theory and Practice) Op. Cit, P. 225.

* R.Benson (How much Stress is too much) H.B.R.1978, P.86.

(٤٦)

* J.Yates (Managing Stress) Op. Cit. P.30.

أولاً : احتمال إصابة الموظف بأمراض جسدية وصحية منها ارتفاع ضغط الدم وما قد يؤدي اليه من انفجار في الشرايين خاصة الشرايين الدماغية ، ومنها الازمات القلبية البدائية والمتوسطة والحادة والمقاتلة ، ومنها القرحة المعدية والمعدة البدائية والحادة ، ومنها التردد العقلي الشعوري واللاشعوري الذي يؤدي الى اختلال السمع واختلال التوازن الجسدي ، ومنها آلام الظهر والاعياء الشديد الدائم للبدن والصراع والشعور بالاغماء المتقطع والمتوقع والمفاجئ ، ومنها ضعف النظر وارهاق العين ، ومنها الترهل والحمول واضطراب الدورة الدموية وفقدان الشهية للطعام ، ومنها تضخم أو التهاب البروستاتا المتصل بالتفكير العقلي ، وغيرها من الامراض التي يحتاج كل مرض منها الى علاج ناجح قد يستغرق وقتاً طويلاً ومعاناة مريرة ومالاً كثيراً بالإضافة الى النتائج العلاجية التي لا يمكن التكهن بها .^(١٧)

ثانياً : احتمال إصابة الموظف بأمراض نفسية وعقلية منها الانتطراء داخل نطاق الجهاز الاداري وخارجه ، ومنها الشعور بفقدان الأمان والخوف والحيرة والتوتر الدائم ، ومنها الاضطرابات العصبية العادية والتشنجية التي قد تخلق تعثر الكلام ، ومنها اللامبالاة المرضية الشعورية واللاشعورية ، ومنها الاحباط وما يسببه من قلق وضيق شديدين ، ومنها التأزم النفسي الذي يوجد الانفجارات الانفعالية المترددة ، ومنها فقدان الثقة بالنفس وبالغير ، ومنها فقدان الطاقة النفسية وانهيار الروح المعنوية ، ومنها الصراع النفسي الذي يؤدي الى استجابات نفسية قاسية وخيالات وهلواناً ونسياناً وشروداً ، ومنها الشعور بالحزن والاسى والهم والاكتئاب وغيرها من الامراض التي يحتاج كل مرض منها - شأنه شأن المرض الجسدي والصحي - الى علاج ناجح قد يستغرق وقتاً

(١٧) انظر في هذا الشأن ،

* J. Quick (Reducing Stress Through Preventive Management) Human Resources Management, Vol. 18, 1979, P. P. 15 F.F.

* L. A. Presten (Theory and Problems of Social Psychology) Op. Cit. P. 378.

وجدير بالذكر أننا لم نجد مثل هذا الاغلاء الرافقة لهذه الامراض في المراجع التي قرأناها . ولكننا عدنا في محارلة فهم بعض المحققين الاساسية عن هذه الامراض الى بعض المجالات الطبية . وإلى اصحاب الخبرة والاختصاص من الاطباء .

طويلاً ومعاناة مريرة ومالاً كثيراً ، بالإضافة الى النتائج العلاجية التي لا يمكن معرفتها مسبقاً .^(٤٨)

المطلب الثاني الآثار السلبية التنظيمية

تتمثل أهم الآثار السلبية للتنظيمية لضغط العمل الوظيفي فيما يلي :

أولاً : الصراع الوظيفي داخل الجهاز الإداري الذي يقوم على أساس توزيع حصص الاختصاص ، سواء بين الموظف وبين زملائه ، أو بينه وبين رؤسائه ، الأمر الذي يؤدي الى خلل واضطراب في خطوط التنظيم والاتصال والتنسيق والتخطيط من جهة ، وإلى كثرة الشكوى والتذمر والتظلم من جهة أخرى . وهذه كلها آثار سلبية على سير العملية الإدارية نفسها .^(٤٩)

ثانياً : الإهمال في الاداء الوظيفي وفقدان الرغبة الحقيقية في العمل ، وكثرة الاخطاء فيه ، الأمر الذي يعكس فوراً تدني مستوى الانجاز ، وبالتالي هبوط كفاءة وفاعلية الجهاز الإداري .^(٥٠)

(٤٨) انظر في هذا الشأن :

* Harold Leavitt (Managerial Psychology) Op. Cit. P. 20, 43.

* J. Quick (Reducing Stress Through Preventive Management) Op. Cit. P. 15 F.F.

* L.A. Presten (Theory and Problems of Social Psychology) Op. Cit. P. 379.

ومن اللغة العربية : الدكتور زكي محمود هاشم (الجرانبي السلوكية في الإدارة) المرجع السابق ، صفحة ١٠١ .
والدكتور زهير الصياغ (ضغط العمل) المرجع السابق ، ص ٣٥ ، والدكتور مهدي حسن زويك (علم النفس الإداري ومحددات السلوك الإداري) المرجع السابق ، ص ٢٥ وما بعدها . والدكتور سمير العسكر (دور الصراع في الإدارة) المرجع السابق ، ص ٣٠ وما بعدها .

(٤٩) لقارن هذا المجال :

* P. Lawrence and J. Lorsh (Organization and environment) Op. Cit. P. 74.

والدكتور زهير الصياغ (ضغط العمل) المرجع السابق ، صفحة ٣٦ ، والدكتور سمير العسكر (دور الصراع في الإدارة) المرجع السابق ، ص ٣٦ .

* J. Quick (Reducing Stress Through Preventive Management) Op. Cit. P.P. 15 F.F.

(٥٠)

ثالثاً : ارتفاع نسبة التغيب عن العمل وارتفاع نسبة الاستقالة منه ، إما بسبب الآثار السلبية الشخصية التي تناولناها في المطلب السابق ، او بسبب التهرب من الضغوط الوظيفية المتلاحقة ، الأمر الذي يعوق سير العملية الادارية ، ويعود بالחסائر السلبية الفادحة على الجهاز الاداري نفسه .

رابعاً : كثرة وقوع الحوادث خاصة في الأعمال الوظيفية ذات الطبيعة المادية والفنية ، وذلك بسبب الافتقار الى التركيز اللازم والمستمر . وهذا يؤدي الى خسائر في الاشخاص والاموال معاً . (٥١)

وهكذا نخلص الى القول ، بأن لضغط العمل الوظيفي آثار سلبية شخصية وآثار سلبية تنظيمية ، قد يتجمع بعضها مع البعض الآخر نتيجة لهذا الضغط المستمر، الأمر الذي يؤدي الى نتائج عملية سيئة. وخطيرة تؤثر بدورها وبهذا الوصف على النشاط الاداري للدولة بوجه عام .

الفصل الثاني

الاسس العلاجية لضغط العمل الوظيفي

قدمنا بأن الآثار السلبية لضغط العمل الوظيفي تبدأ في مراحله التالية بالظهور رويداً رويداً ، وقد تؤدي إذا لم تعالج في حينها ، الى وقوع مشكلات شديدة الخطورة ، سواء على شخص الموظف نفسه او على الجهاز الاداري الذي يعمل فيه ، وقد اوردنا اهم هذه الآثار لتبيان مدى اهميتها وخطورتها خاصة وأن محصلتها تؤثر في النهاية تأثيراً سيئاً على النشاط الاداري للدولة بوجه عام .

وفي ضوء ما تقدم، فإننا نرى بأنه لا بدّ من ايجاد رؤيا علاجية لضغط العمل الوظيفي، تضع بعض الحلول المناسبة له لتحذ من آثاره السلبية ، وتؤدي الى انجاز الاعمال بسرعة وكفاءة وفاعلية . وتحقيقاً لذلك ، خصصنا هذا الفصل الذي سنحاول فيه الكشف عن أهم هذه الحلول العلاجية ، والذي سنقسمه الى مبحثين ، نتناول في أولهما مداخل العلاج الشخصية ، وندرس في ثانيهما مداخل العلاج التنظيمية .

المبحث الأول

مداخل العلاج الشخصية

من الاصول المنطقية القول ، بأنه اذا عرف الداء ، اضحى من الممكن ايجاد الدواء . وقد حاولنا في الفصل السابق من هذا البحث الكشف -بقدر امكاناتنا وظروفنا- عن أهم اسباب ومصادر ضغط العمل الوظيفي وآثاره السلبية الشخصية والتنظيمية معاً . فاذا استطعنا ان نجتهد في وضع بعض الحلول العلاجية لهذه الاسباب والمصادر ، فإننا نكون قد استطعنا في الوقت نفسه الحدّ من ضغط العمل الوظيفي بقدر الامكان .

وفي ضوء ما تقدم ، يمكن ايضاح مداخل العلاج الشخصية الاساسية التي تری اهميتها لضغط العمل الوظيفي فيما يلي :

* V. Buck (Working under pressure) India, 1972, P.P. 22 F.F.

* T. Beclur (Personal and Organizational strategies for Handling Job Stress), Op. Cit. P.1.

أولاً : ضرورة قيام الموظف من تلقاء نفسه بتغيير أسلوب حياته الاسرية والعائلية والاجتماعية اذا احس بأن هذا الأسلوب يؤثر على انجازته لاختصاصاته بالسرعة اللازمة المقتربة بالكفاءة والفاعلية. ^(٥١) ويكون ذلك -في تقديرنا- بأعادة تقييم هذا الأسلوب ، ليناسب واجباته ومعطياته العملية المطلوبة منه . فالانشغالات والمطالب الاسرية والعائلية والاجتماعية في بعض الاحيان، تكون على حساب العمل الوظيفي ، وذلك بتعويقه وجعله يتراكم على الموظف ، الأمر الذي يثقل كاهله ويرهقه .

يضاك الى ما تقدم ، ضرورة قيام الموظف من تلقاء نفسه ايضاً ، بالتخطيط المسبق لكيفية التصرف في مواجهة ضغط العمل ، واعداد نفسه بالوسائل التي يراها ناجحة ومناسبة لمقاومة الازمات والظروف العملية الطارئة بشيء من الارادة والحزم والرجولة، وتعويد النفس على الثقة ، لايجاد القدرة الدائمة على العمل .

ثانياً : اعتناء الاجهزة الادارية المختلفة بصحة الموظف العام الجسدية والنفسية والعقلية . فمعظم هذه الأجهزة في كثير من الدول ، لا تنظر بجدية الى مشكلات العاملين فيها بقدر ما تنظر الى ادايتهم ونتاجهم فقط ، الأمر الذي يعمين معه الاهتمام البالغ بايجاد المكان المناسب للعمل ، والحرص على النظافة التامة ، وتوفير الخدمات الصحية الجيدة والحديثة ببسر وسهولة . على أن المدخل المتقدم يقابله مطلب ملح من الموظف نفسه ، وهو أن يبادر هذا الموظف بالاعتناء بصحته الجسدية والنفسية والعقلية بصورة دائمة ومستمرة ، وأن لا يهمل أية حالة مرضية تعترية لكي لا تتفاقم ويصعب علاجها . بالاضافة الى اللجوء لعلاج وقائي يغيب عن بال معظمنا ، وهو استغلال الاجازات لراحة الجسد وصفاء النفس وتنقية الفكر ، فالاجازة المريحة في كثير من الاحيان لها قوة العلاج . ^(٥٢)

(٥١) قال الرسول محمد صلى الله عليه وسلم : (رَوْحُ الْقُلُوبِ سَاعَةٌ بَعْدَ سَاعَةٍ ، فَإِنْ الْغُلُوبُ إِذَا كَلَّتْ عَمِيَتْ) .

ثالثاً : قيام الرؤساء والمسؤولين الاكفاء في الجهاز الاداري بتحسين العلاقات الانسانية والعاطفية والاجتماعية بين العاملين في هذا الجهاز بكافة الوسائل المناسبة المشروعة وعلى كافة المستويات الوظيفية ، وإيجاد الوسائل المعقولة لتقليل الصراع أياً كان نوعه . ولا يعني هذا اهداً ضرورة التدخل في الحياة الشخصية للموظفين لتحسين علاقاتهم ببعضهم ، فمثل هذا التدخل مُحَرَّم ومرفوض في عالم الوظيفة العامة .^(٥٤) ولكن ذلك يعني تسخير القدرة القيادية الحكيمة والمنزنة المتوافرة في الرئيس الاداري لتحسين العلاقات بين الموظفين، والحد من مشكلات الصراع بأنواعه .

يضاف الى ما تقدم ، أن هناك التزام يقع على عاتق الموظفين انفسهم ، يشمل في ضرورة التعاون المستمر بينهم في اداء العمل الوظيفي ، وذلك لتخفيف ضغط العمل الذي قد يتعرض له أي واحد منهم ، على أن يكون هذا التعاون المحبب والمهم في اطار المشروعية .

رابعاً : مكافأة وتشجيع الموظف من قبل رؤسائه والمسؤولين في الجهاز الاداري عن أعماله وإنجازاته الاصلية او التي يكلف بها ، بالحوافز الادبية والمادية ، وذلك في فترات دورية مناسبة . كذلك توفير المناخ العملي والاجتماعي والنفسي النقي والريح للموظفين من جانب هؤلاء المسؤولين ، لايجاد الشعور بالأمن والطمأنينة ، وبالتالي تحمل ضغط العمل بالتقبل والرضا .

يضاف الى ما تقدم ، أن على الرؤساء الاكفاء احترام زملائهم ومرفؤسيهم وتقديرهم وأشعارهم بأهميتهم في الجهاز العمل ، والاستماع الى آرائهم واقتراحاتهم والاهتمام بها وتفهمها ، الأمر الذي يرفع روحهم المعنوية ،

(٥٤) انظر في هذا الخصوص مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا في مصر . حكمها في ١٩٥٨/١/٢١ ، السنة القضائية الثالثة ، صفحة ١٤٣١ . والدكتور سليمان الطساوي (القضاء الاداري / الكتاب الثالث / قضاء التأديب / دراسة مقارنة) طبعة سنة ١٩٧٩ . الناشر : دار الفكر العربي ، للقاهرة ص ٣١٩ .

ويساعدكم على العمل بنشاط وسرعة وكفاءة .^(١١)

وهكذا نخلص الى القول ، بأن الاجتهادات العلاجية الشخصية المتقدمة ، تساعد - في تقديرنا- على الحد من ضغط العمل الوظيفي ، والتخفيف من آثاره السلبية .

المبحث الثاني مداخل العلاج التنظيمية

قدمنا في المبحث الاول من هذا الفصل ، عند تناولنا لمداخل العلاج الشخصية ، بأننا اذا استطعنا ان نمجّده في وضع بعض الحلول العلاجية لأسباب ومصادر ضغط العمل الوظيفي التي اوردها استقلاً ، فإننا نكون قد استطعنا في الوقت نفسه الحد من هذا الضغط بقدر الامكان . وهذا القول يمكن ابراده ايضاً في هذا المبحث الذي يتناول مداخل العلاج التنظيمية .

وفي ضوء هذه الحقيقة ، يمكن ايضاح مداخل العلاج التنظيمية الاساسية التي نرى اهميتها لضغط العمل الوظيفي فيما يلي :

اولاً : ضرورة تدريب الموظف تدريباً نظرياً وتدريباً عملياً مستمراً على انجاز العمل من جهة ، وعلى مواجهة ضغط هذا العمل من جهة اخرى . ويقتضي ذلك اتباع الوسائل والطرق الحديثة المدروسة لرفع كفاءة ومهارات هذا الموظف ، وتزويده بالقدرات الفعالة للقيام بأعماله على أفضل الوجوه . ونحن نرى في ذلك

(١١) انظر في هذا الشأن :

- * Gerald E. Caiden (The Dynamics of public Administration) Op. Cit. P. 234.
- * Dale S. Besch (Personnel-The Management of people at work) Macmillan Publishing Co. INC, New York, 1980, P. 443.
- * J. Gray and F. Strake (Organizational Behaviour-Concepts and Applications). Op. Cit P. 54.
- * John Hilman (Art of Leadership). D. C. Heath and Company, New York (And London), 1986, P. 300.

ومن الله التوفيق الدكتور سليمان الطماوي (مبادئ علم الادارة العامة) المرجع السابق ، صفحة ٦٠٩ وما بعدها .
والدكتور بشار عبد الهادي (دراسات وابحاث في الادارة العامة والقانون الاتاري) طبع سنة ١٩٨٢ ، الناشر دار الفرقان للنشر والتوزيع ، عمان صفحة ٩٤ وما بعدها .

المجال ضرورة اطلاع الموظف العام على واقع (الادارة العامة) للدولة بمختلف اقسامها وفروعها ، وتأهيله نظرياً وعملياً - أياً كانت طبيعة دراسته المتوسطة او الجامعية او العليا - لفهم الاسس الادارية فهماً متعمقاً سليماً . فالملاحظ في كثير من الدول انها تقوم بتعيين فئات مختلفة من الموظفين أنما دراست علمية أو فنية ، ولكن هذه الدراسات لم تتناول مبادئ الادارة العامة النظرية والتطبيقية ، مما يجعلهم في وضع وظيفي يفتقرون فيه الى ادراك فلسفة العمليات الادارية ووسائل مباشرتها . وهذا الأمر يتعكس بدوره على كفاءتهم وفاعليتهم ، ويوجد لديهم ضغط العمل الذي يثقل كاهلهم مهما اعطوا من رعاية عاطفية ^(٥٦) .

ثانياً : تعديل انظمة او كوادر الاجور والمرتبات والمعاشات والعلاوات التي تدفع للموظفين بين فترات زمنية معقولة ، لتناسب جهودهم وظروف حياتهم من جهة ، ولتحقق حكمه المبدأ الاصولي المتمثل في ان الأجر يكون بقدر حجم العمل من جهة اخرى .

يضاف الى ما تقدم ، وجوب تعديل انواع واساليب وعدد الاجازات التي تعطى للموظفين بين فترات مناسبة ايضاً ، بحيث تزداد فرص الاستفادة منها ، والتخفيف بوساطتها من حدة ضغط العمل الوظيفي ، كذلك ضرورة تقييم معايير الترقية للموظف في الجهاز الاداري ، بحيث تتحقق هذه الترقية في ضوء توازن عملي مدروس ، وندالة وظيفية تامة ^(٥٧) .

ونحن نرى في هذا المجال ايضاً ، ضرورة ايجاد اوضاع وظيفية في الاجهزة الادارية تريح الموظف خلال حياته الوظيفية ، وتعمل على تخفيف ضغط

(٥٦) انظر في هذا الخصوص :

* L.A. Presten (Organization-Theory and Practice) Op. Cit. P. 224.

ومن القلق العربي الدكتور بشار عبد الهادي (دراسات وابحاث في الادارة العامة والقانون الاداري) المرجع السابق . ص ٢٥ .

(٥٧) انظر في هذا الشأن :

* L.A. Presten (Organization-Theory and practice) Op. Cit. P. 227

* J.Hewst (Elements of public Administration) prentice-Hall of India private Limited, India, 1986, P.P. 25 F.F

العمل الذي قد يواجهه ، وتنشط قدراته واستعداداته العملية ، كالاستعداد لفترة زمنية محددة ، وكتوفير فرص الاعارة سواء داخل الدولة أو خارجها ، وغيرها من الاوضاع ^(٥٨) .

ثالثاً : تقييم نظم وإجراءات الأجهزة الادارية في اوقات دورية مناسبة ، لتتقيتها من أي تعقيد أو تضارب أو خلل قد يطرأ اثناء سير النشاط الاداري .
بالاضافة الى وجوب وضع تخطيط سليم ومدروس من قبل المسؤولين وأصحاب الاختصاص والخبرة ، يهدف الى حسن انجاز العمل الوظيفي في كل جهاز اداري على حدة ، وذلك في ضوء الظروف الخاصة به ، الأمر الذي قد يقتضي اجراء تعديل في الهيكل التنظيمي لهذا الجهاز . وهذه الخطوات كلها ، تتوخى انسياب العمل ببسر وسهولة ، والتخفيف من ضغوطه على الموظفين .

رابعاً : تحديد الاختصاصات الوظيفية لكل موظف في الجهاز الاداري ، وتبيان مدى سلطاته ومسؤولياته ، وذلك بوسائل سهلة وواضحة ، ليتجنب هذا الموظف صراع الانحياز الوظيفي ، أو غموض وإبهام هذا الانحياز ^(٥٩) .
يضاف الى ما تقدم ، ضرورة القيام بالتفويض الاداري للاختصاصات الوظيفية في حدود النصوص التشريعية الأذنة به ، والتشجيع عليه سواء بين الرؤساء وزملائهم ، أو بين الرؤساء ومرؤوسيهم . فحكمة التفويض وأهميته وغاياته لم تعد خافية على أحد ، خاصة وأنه في مجال هذا الحديث وسيلة فعالة من

(٥٨) تعني بالاستعداد الذي نريده لهذه الغاية ، تمهيد وضع الموظف العام بطلب منه لفترة زمنية محددة . وحسب الرابع والملازمات والاعتمادية عنه خلال هذه الفترة . مع الاحتفاظ له بوظيفته والعودة اليها سواء بعد انتهاء الفترة الزمنية أو بطلب يقدمه لانتهاء فترة استبداده . وقد اختلفت الدول في تطبيقها للاستعداد من حيث معناه وشروطه . ويعد هذا الاختلاف في تقديرنا الى الظروف الخاصة بكل دولة على حدة
(٥٩) انظر في هذا المجال .

* H. Koontz and C.O'Donnel (Principles of Management An analysis of Managerial Functions) Op. Cit. P.P. 72 F.F.

* W. Duncan (Organizational Behaviour) Op. Cit. P 185

وسائل التعاون بين الموظفين للحد من ضغط العمل .^(٦٠)

خامساً : زيادة وتشجيع الاتصالات المفتوحة والمباشرة بصورة دائمة بين الموظفين في الجهاز الإداري ، والاهتمام البالغ بتنظيم وتنسيق العمل داخل هذا الجهاز ، سواء بين الرؤساء وبين رؤسيتهم ، أو بين هؤلاء الرؤوسين بعضهم وبعض ، الأمر الذي يوجد استقراراً وظيفياً وتعاوناً عملياً ، ويؤدي الى هبوط في ضغط العمل .^(٦١)

سادساً : وضع الموظف في العمل الذي يتفق وتخصصه العلمي الدقيق من جهة ، والذي يناسب ميوله ومهاراته من جهة أخرى ، مع اعطائه الوقت الكافي والمناسب لانجازة ، فممارسة التخصص في اطار الميرك والمهارات ، وفي نطاق الوقت المعقول ، لا يوجد - في الغالب الاعم - ضغطاً في العمل الوظيفي ، بل يزيد من كفاءة وفعالية الموظف ويرفع من روحه المعنوية ، ويدفعه باستمرار نحو الابتكار والابداع .

يضاف الى ما تقدم ، ضرورة توفير المعلومات والبيانات والجداول ومجموعات القوانين والأنظمة واللوائح والتعليمات والقرارات والمراجع الكافية واللائمة للموظفين لانجاز اعمالهم ، بالاضافة الى ايجاد الامكانيات البشرية والمادية

(٦٠) انظر تفصيلاً في موضوع تفرغ الاختصاص :

* Eli Nobleman (The Delegation of presidential functions-Constitutional and Legal Aspects). The Annals of the American Academy of political and social Science. Vol. 307,1956. P.P. 134 F.F.

* H.B. Roy (Principles of Management) D.C. Heath and Company, London 1986, P.P. 100 F.F.

ومن اللغة العربي الدكتور عبد الفتاح حسن (التفويض في القانون الإداري وعلم الإدارة العامة) المرجع السابق ، ص ١٤٣ وما بعدها .

٥٥ وما بعدها ، والدكتور بشار عبد الهادي (التفويض في الاختصاص-دراسة مقارنة) المرجع السابق ، ص ١٤٣ وما بعدها .

(٦١) ويمكن ان نضيف ايضاً في هذا المجال ضرورة اتباع نظام تدرج الوظائف ووحدة الرئاسة) ويعني هذا النظام تعدد المستويات او المراكز الوظيفية مع تدرجها وتقسيمها في خط يربط كل رئيس بمؤسسه ، مما يؤدي الى ان يعرف الرئيس الإداري جميع رؤوسه من حيث مدى سلطات كل واحد منهم ، ومدى مسؤولياته ، كما يؤدي الى عدم تعدد الرئاسة على الرؤوس الواحد .. فالخروج على هذا النظام يؤدي الى اختلاط وتضارب في الاختصاصات داخل الجهاز الإداري ، وبالتالي الى رجوع ضغط في العمل الوظيفي . انظر تفصيلاً في هذا الشأن :

* Marshall Dimok and Gladys Dimok and Louis Koining (Public Administration) Op. Cit. P.P. 379 F.F.

* Fritz Marx (Elements of Public Administration) Op. Cit. P. 140.

* H.B. Roy (Principles of Management) Op. Cit. 201.

المساعدة والمناسبة لاتمام العمل . (١٧١)

يضاف الى ما تقدم ايضاً ، ضرورة زيادة فرص مشاركة الموظفين في اتخاذ القرارات الادارية اما بصورة مباشرة ، او عن طريق من يمثلونهم ، فشعور الموظف العام بأنه يشارك بطريقة من الطرق بتسيير العملية الادارية في جهازه الاداري ، وبأن له دور - مهما صغر - في ذلك ، يجعله دائم القدرة على مواجهة ضغط العمل . (١٧٢)

(١٧١) (Introduction to public Administration) Op. Cit. P. 175.

(١٧٢) انظر في هذا الشأن :

(1) (Joint Decision Latitude and Mental Strain). Administrative Science Quarterly 1979, P.P. 285-295.

(2) (Management) Op. Cit. P. 177.

ومن الفتى العربى الدكتور جابر بن الطيبان فى كتابه "الاعانة المرجع السابق" ص ١٧٢

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث المتواضع (ضغط العمل في نطاق الوظيفة العامة) من جانبه التحليلي وجانبه العلاجي ، وذلك في ضوء قناعتنا بأهمية هذا الموضوع المتعلق بشخص الموظف العام من جهة ، وبالجهاز الاداري الذي يعمل فيه من جهة اخرى .

وقد قمنا ضمن اطار حادثة هذا الموضوع وندره المراجع التي عرضت لبعض جوانبه بعد ان ظهرت الحاجة الماسة لمعرفة كنهه ، بدراسة الاسس العامة لضغط العمل الوظيفي من حيث تعريفه ، وعلاقته بأوجه السلوك في الجهاز الاداري ، ومصادره الشخصية والسلوكية والتنظيمية والعملية ، ومدى مواجهته ، وآثاره السلبية الشخصية والتنظيمية، كما قمنا بدراسة الاسس العلاجية لضغط العمل من حيث مداخلها الشخصية ومداخلها التنظيمية .

ومن خلال مسيرتنا في هذا البحث ، حاولنا بقدر امكانياتنا وظروفنا ، وضمن تجاربنا الشخصية في الجامعة الاردنية لمواجهة ضغط العمل بأقصى ظروفه والوانه ، ان نبدي بعض الآراء والاجتهادات والملاحظات التي رأيناها مناسبة . آملين ان نقدم بها جهداً علمياً متواضعاً يكون لبنة من لبنات هذا النوع من الدراسات .

ولا يسعنا هنا الا القول ، بأن مواجهة ضغط العمل ، ومحاصرة آثاره السلبية التي تؤثر على الموظف وعلى سير العملية الادارية ، قد تحتاج الى الأخذ بجميع الحلول العلاجية التي اقترحناها ، وقد تحتاج الى الأخذ ببعضها فقط ، وذلك في ضوء اوضاع اجهزة الدولة الادارية وظروف العمل فيها ، وان كنا نفضل الاخذ بها جميعاً ، اذا كان ذلك ممكناً .

وأخيراً ، فإننا نتمنى على الفقه الاداري وعلى اصحاب الاختصاص والخبرة القانونية والادارية في الدول ، الاهتمام بالموضوعات التي تعالج المشكلات الانسانية والعملية والواقعية التي يواجهها الموظف العام ، لوصفها والكشف عن جوهرها واقتراح حلولها ، وذلك في ضوء التطور الهائل والابتعاد السريع الذي تعايشه اجهزة الدول الحديثة ، خاصة وأن الدراسات المقارنة أصبحت مصدراً خصباً للافادة من خبرات وتجارب هذه الدول .

والله ولي التوفيق

جامعة الامارات العربية المتحدة

كلية الشريعة والقانون

قسم القانون

إنهاء عقد فتح الاعتماد البسيط

دكتور حسين يوسف غنايسم

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد

بكلية الشريعة والقانون - جامعة الامارات العربية المتحدة

إنهاء عقد فتح الاعتماد

تمهيد وتقسيم:

تضطلع المصارف بوظيفة هامة بالنسبة للاقتصاد الوطني تتجسد في توزيع الائتمان (١) . إذ أنها تتلقى الودائع النقدية من جمهور المدخرين وتستخدمها في منح القروض للتجار والصناع (٢) .

ويعتبر عقد فتح الاعتماد بمثابة " اتفاق إطار " يمكن أن تتم في كنفه كافة صور الاعتمادات المصرفية (٣) crédits bancaires ومعلوم أن هذه الاعتمادات قد تكون مباشرة بحيث تؤدي لوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل كما هو الحال بالنسبة للقروض وخصم الأوراق التجارية والاعتمادات البسيطة والتسهيلات (٤) avances . كما قد تكون غير مباشرة بحيث تتجسد في صورة توقيع المصرف بضمان

(١) يعرب الائتمان بأنه عبارة عن مبادلة قيمة آجلة بقيمة عاجلة . انظر : Charle Gide Principles of Political Economy

London 1930 , P . 287. ويعتبر الائتمان في نظر بعض الاقتصاديين واحداً من أشهر مراحل التطور التي شهدتها البشرية . تلك المراحل

المستقلة في مرحلة التعامل بالناقصة ومرحلة التعامل بالنقد ومرحلة التعامل بالائتمان . انظر : إبراهيم رضوان العبدالة . الجهاز المصرفي والمالي في

الكويت . دوار الوطن للمصحاة والطباعة والنشر يناير سنة ١٩٨٠ صفحة ٩١ .

(٢) انظر : مصطفى كمال طه . القانون التجاري : الأوراق التجارية . العقود التجارية . عمليات البنوك والإفلاس . دار المطبوعات الجامعية . الإسكندرية

١٩٨٦ رقم ٥١٥ صفحة ٤٥٥ .

لقد ذكر البعض : " At a very Fundamental level banks are financial institutions that act as intermediaries between savers and borrowers "

انظر : Bank : Management and Regulation by : Anthony saunders, Gregory F . Udell , Lawrence J. white , california 1992, p.1

(٣) انظر محمودة مختار بربري المسؤولية التصهيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات . دار الفكر العربي القاهرة ١٩٨٦ صفحة ٦ .

(٤) ترى محكمة النقض المصرية أن وصف " التسهيلات الائتمانية " يشمل كلا من الخصم وفتح الاعتماد وخطابات الضمان .

انظر نقض مصري في ١٩٦٩/١٢/٣٠ طعن ٤١٢ س ٣٥ . أشار لذلك أنور طلحة . مجموعة المبادئ - القانونية التي قورتها محكمة النقض في

خسین عاماً . الجزء - الخامس دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ١٩٨٤ صفحة ٢٧٠ - وهو موقف يساهم الترجمة الحديث التي لم يعد يعتبر

التسهيلات الائتمانية مجرد عمل له طابع الجمالة للعسمة كما يسمح للمصرف بإنهائها في أي وقت انظر [cass. com. 18 oct .

1962, gaz, pal , 1973 , 75] وقيل يعتبرها مشتقة لعلالة فتح اعتماد بحيث لا يمكن للمصرف التحلل منها بمعنى إرادته تأسيساً على

أن لها طابع الجمالة غير الملزمة كالتزات : [أنظر :] 489 - 1976 . D . 7 juillet 1976, (Grenoble) .

العميل في علاقته بالغير كما هو الحال بالنسبة للكفالة المصرفية وعملية الاعتماد بالقبول التي يجريها المصرف بشأن الأوراق التجارية التي يسحبها العميل عليه .
ويعتبر عقد فتح الاعتماد (١) واحداً من الاعتمادات المباشرة كما أسلفنا إذ لا يمكن تعريفه بأنه عبارة عن عقد يلتزم المصرف بمقتضاه بوضع مبلغ معين من النقود تحت تصرف عميله بحيث يكون له حق استعماله مرة واحدة أو على عدة مرات خلال أجل معين (٢) .

ومن أهم الإشكالات العملية التي نواجهها بالنسبة لهذا العقد لجزء المصرف لإتهائه قبل حلول الأجل المتفق عليه إما تنفيذاً لشرط سبق تفضيته عقد فتح الاعتماد أو خوفاً من عدم ملاءمة العميل المحتملة .

ونظراً للمخاطر والأضرار التي يسببها تصرف المصرف بهذا الصدد لكل من العميل والغير ، فقد استحوذت هذه المسألة على إهتمام بالغ من جانب الفقه والتضاء والتشريع في الدول المختلفة ، الأمر الذي يعكس أهمية تناول الموضوع بالدراسة .

ويمكن للمنتفع لأسباب إنهاء الاعتماد أن يلاحظ تصنيف هذه الأسباب في زميرتين (٣) : أسباب إرادية كحلول الأجل المتفق عليه أو قيام المصرف بذلك فجأة وأخرى غير إرادية كوفاء المستفيد من الاعتماد .

(١) يسمى بالفرنسية *crédit simple* ويسمى بالإنجليزية *clean credit* انظر : جعفر الجزار ، العمليات البنكية مبسطة ومفصلة ، دار التفاني ، بيروت الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥ صفحة ٩٢ .

(٢) انظر المواد ٤٧٠ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي و ٢٩٠ تجارة لبناني و ٤٠٥ تجارة سعودي و ١١٨ تجارة لبناني . وقد عرثته محكمة التفتيش المصرية بأنه " عقد بين البنك وعميل يتعهد فيه البنك بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل خلال مدة معينة مقابل التزامه بأداء العمولة المتفق عليها ولو لم يستخدم الاعتماد لصالحه " انظر نقض مصري ١٩٨٣/٣/٢٨ ملحق ٦٩٢ ص ٤٩ .

(٣) انظر : رزق الله أنطاكي ، الحسابات والاعتمادات المصرفية ، دار الفكر ١٩٦٩ رقم ١١٨ صفحة ٢٥٦ .

وواقع الأمر أن مدى حق المصرف في إنهااء عقد فتح الاعتماد يختلف تبعاً لما إذا كان هذا الاعتماد محدد المدة أو غير محدد المدة ، كما أن ثمة نتائج هامة تترتب على هذا الإنهاء .

وعلى ذلك ، فستتناول إنهاء الاعتماد محدد المدة في مبحث أول وإنهاء الاعتماد غير محدد المدة في مبحث ثان ثم نخصص مبحثاً ثالثاً لتناول الجزاء المترتب على إنهاء الاعتماد . وستنتهج في هذه الدراسة نهج الدراسة المقارنة قدر الإمكان مستلهمين التوفيق فيما نحن ذاهبون إليه .

المبحث الأول

إنهاء عقد الاعتماد محدد المدة

إذا فتح الاعتماد لمدة معينة ، فالأصل أنه لا يجوز إنهاؤه قبل حلول الأجل المتفق عليه (١) ، إلا أن مدة الاعتماد تعتبر أجلا لصالح المصرف من حقه أن يتمسك بحلوله كمبرر لإنهاء العقد ، ومن حقه أيضا أن يطيل ذلك الأجل ويستمر في تمويل العميل (٢) .

وعليه ، فإذا كان الاعتماد محدد المدة أو مرتبطا بعملية لها أجل ، فمن المتعين على المصرف احترام تعهده والالتزام بتنفيذه طالما كان الأجل قائما ، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة حيث يمكن للمصرف قبل حلول الأجل في بعض الأحيان (٣) ، وحقه هذا لا يمدد كونه تطبيقا للقواعد العامة ، ويتحقق ذلك في عدة حالات منها :

١ - إخلال العميل بالتزامه العقدي عن طريق عدم تنفيذ ما سبق له التعهد به في عقد فتح الاعتماد ، كما لم لم يعتمد ذلك العميل لتقديم الضمانات وفقا لما سبق الاتفاق عليه ، الأمر الذي يخول المصرف الاحتجاج بذلك كمبرر لإنهاء الاعتماد عن طريق فسخ العقد (٤) .

(١) انظر : شكري أحمد السامي ، الوسيط في قانون التجارة للنسي والمقارن ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، الرباط ١٩٨٨ صفحة ٤١٣ .

(٢) انظر : على جمال الدين عروش ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٨ ، رقم ٤٤٣ صفحة ٣٥٠ ، وانظر

أدوار حيد ، المقرد وعمليات المسافر بيروت ١٩٦٨ رقم ٢٠٨ صفحة ٥٦٩ .

(٣) انظر : René Rodière, Jean - Louis , Rives- Lang , Droit Bancaire , Troisième édition , paris 1980, no 244, P . 319 .

(٤) انظر المراد ٢٧٤ معاملات مدنية إماراتي ، ١١٨٤ مدني فرنسي و ٢٠٣ مدني أردني و ١٦١ مدني مصري و ١٦٢ مدني سعودي .

٢ - خطأ العميل في استخدام الاعتماد المقترح لصالحه والخروج به عما خصص له طبقا للعقد . ويتوسع الشراح في ذلك فيضيفون لهذا السبب تصرفات العميل التي تخالف حسن النية ، ولو كان ذلك خارج العلاقة العقدية مع المصرف ، كما لو تخلف العميل عن دفع ديونه الأخرى أو عاون منافس المصرف أو نقل عملياته إلى مصرف منافس (١) .

والى جانب ما سبق ، فهناك حالات أخرى تخول المصرف إنهاء الاعتماد من جانبه ومن أهمها الشروط الاتفاقية للإنتهاء وانتهاء الثقة في العميل بإعتبار عقد فتح الاعتماد من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي . وسنتناول حالا من الحالات الأخيرتين في مطلب مستقل .

(١) أنظر : علي جمال الدين عوض ، - إشارات البتراء من الرجة القانونية - المربع السابق - نفس الرضع .

المطلب الأول

الشروط الاتفاقية لإنهاء الاعتماد

قد يعمد المصرف إلى تضمين عقد فتح الاعتماد شروطا تخوله إنهاء العقد بإرادته المنفردة . وتتخذ هذه الشروط في الغالب صورا شتى وفقا للتفصيل التالي :

أ - قد يحتاط المصرف سلفا فيخول نفسه حق إلغاء الاعتماد أو تعليقه عند تحقق أحوال معينة (١) كتوقف النشاط cessation d'activité وطلب الصلح الودي concordat amiable وحجز ما للعميل لدى المصرف ، وعمل بروتستو عدم الوفاء ، لكمبيالة تحمل توقيع العميل ، وقيام العميل بقبول كمبيالة مجاملة (٢) . ففتني عن القول إن تحقق أي من الحالات المشار إليها بخول المصرف الحق في إنهاء الاعتماد أو تعليقه وذلك إعمالا لمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " شريطة تحمل هذا المصرف عبء إثبات تحقق الحالة التي يرمى بقيامها .

ومن أمثلة هذه الأحوال أيضا تضمين عقد فتح الاعتماد مايسمى بشرط الإخلاص clause de fidélité وهو شرط يلتزم العميل بمقتضاه بقصر كافة عملياته المصرفية المستقلة على المصرف فاتح الاعتماد ، فإذا أخل العميل بذلك سقط الأجل وجاز للمصرف إنهاء العقد (٣) .

(١) انظر : Jack vézian, la responsabilité du banquier en droit privé français , troisième édition, paris 1983 , no 289, p. 204 .

(٢) انظر : Henrion et Simonet, les aspects juridiques et économiques du crédit à court terme , Bruxelles 1960 , P. 181

(٣) قفنت بصحة هذا الشرط محكمة استئناف Agen في ٦ مارس ١٩٧٦ سيري ١٩٧٧ قضا . صفحة ٤٩٤ وتعليق مؤيد للأستاذ مغربية . أشار لذلك . علي جمال الذي عرض . عمليات البنوك من الوجهة القانونية . المرجع السابق رقم ٤٤٤ ص ٣٩١ .

وعلى الرغم مما سبق ، إلا أننا نرى أنه قد ولى إلى غير رجعة ذلك العهد الذي كان ينظر فيه إلى العلاقة بين المصرف فاتح الاعتماد وعمله بأنها مجرد علاقة تعاقدية محكمة يبدأ " نسبة آثار العقد " أو يبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " . فالمصرف تاجر سلطته النقود وقد حدث هيئته على توزيع الائتمان بالبعض إلى القول أنه يملك حق الحياة أو الموت بالنسبة للمشروعات الاقتصادية (١) وهو عموما في نظر الاقتصاديين محور أو حجر الزاوية بالنسبة للاقتصاد: The Pivot of economy (٢) .

وغني عن القول إن تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية ، وتحول الدولة من دولة حارسة إلى دولة متدخلة ، كل ذلك ألقى بظله على وظيفة المصرف فيما يتعلق بتوزيع الائتمان ، حيث أن أثر قرارات المصرف بهذا الصدد لا يقف عند حد العمل باعتباره طرفا في العقد ، وإنما يتجاوزه للغير بل للاقتصاد القومي بأسره . وقد بلغت خطوة النظرة إلى وظيفة المصرف الائتمانية بالبعض (٣) إلى المناوأة باعتباره " مرفقا عاما " مما يحد من سلطان الإرادة الذي تمتع به في ظل سيطرة نظام الدولة الحارسة . وما يلزم المصرف - في وقتنا الحاضر - بوضع سياسة ائتمانية تراعي ماتضعه السلطة العامة عن طريق البنوك المركزية من توجهات وضوابط ، وما يجعله معرضا للتدخل المباشر أو غير المباشر من قبل السلطة العامة التي تمارس ضغوطها الأدبية والمادية أحيانا .

(١) انظر : Michel Vasseurs, Banquier en 1983-(2) Banque 1983, P.28

(٢) انظر : Tim clark & Willian vincent , Banking Under Pressure, Breaking the chains , Butterworth , London 1989, P. 4.

(٣) انظر : Houin , obs. Rev. trim . dr. com 1955, P. 150 . ومع ذلك يمكن تكوين تصور آخر للمصرف .

فهو أداة خدمة عامة لتوزيع وتنظيم الاعتماد : Mais en peut avoir une autre conception de la banque, Instrument d'une service publique de distribution et de regulation de crédit .

والملفت للنظر أن فكرة اعتبار المصرف " مرفقا عاما " لم تلاق قبولا لدى الفقه فقط ، وإنما بلغت حدا من الانتشار بحيث تسربت إلى أحكام القضاة . فقد تقرر في حكما لمحكمة باريس سنة ١٩٦٧ : " وعلى الأخص ، من المتمعن على المصرف - حتى لو كان خاصا - أن يتحاشى تأدية عملياته للإضرار بالغير . . إن مساهمته في الخدمة العامة عن طريق توزيع الائتمان تلزمه باتخاذ كافة الاحتياطات الضرورية (١) .

والواقع أن عمل المصارف في توزيع الائتمان يرتكز أساسا على الثقة الشخصية التي يوليها المصرف للعميل حيث أن عقد فتح الاعتماد من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي ، فإذا اقتصر العميل لثقة المصرف فلا مجال لقيام عقد الاعتماد أو بقاءه . وعليه فإن من المتعذر الحديث عن " حق في الائتمان " يتمتع على المصرف - بإعتباره مرفقا عاما يوفره إعمالا لمبدأ " المساواة بين جمهور المتفاعلين " الذي يحكم عمل المرافق العامة . ويستتبع ذلك استبعاد إسباغ فكرة " المرفق العام " معناها في نطاق " القانون العام " على المصارف حتى لو كانت هذه المصارف عامة لا خاصة

ولكننا نرى أن خطورة عمل المصرف في توزيع الائتمان ، وإرتباطه بالمصلحة العامة ، وتجاوز آثار قراراته بهذا الصدد إلى الغير . كل ذلك يقتضي رصد سياسته الائتمانية وإخضاعها لقدر من الرقابة والهيمنة ، صحيح أن ذلك ينبغي أن لا يغود إلى الشطط بحيث يعتبر المصرف " مرفقا عاما " كما أسلفنا ولكن الصحيح أيضا أن الرابطة العقدية بين المصرف والعميل في ظل نظام الدولة المتدخلة - لا يتفق تماما والمعني الحرفي

(١) Spécialement , une banque cour de paris 26 mai 1967, J. C.P 1968 11 15518 - même privé , doit éviter que ses opérations ne soient une source de préjudice pour le tiers..... Sa participation au service public constitue la distribution du crédit l'oblige a prendre toutes precautions nécessaires

ليدأي " نسبية آثار العقد " و " العقد شريعة المتعاقدين " وتخضع بالتالي خضوعا كليا لأحكامهما ، وخاصة بالنسبة لقرار المصرف بإنهاء الاعتماد بإرادته المنفردة إعمالا للشروط التي يتضمنها عقد فتح الاعتماد . ونحن نشارك أستاذنا الدكتور علي البارودي رأيه في أن هذه الشروط تخضع لرقابة القضاء ولا يمكن أن تكون مطلقة حتى لو كانت صياغتها تحمل معنى الإطلاق (١) .

ب - قد يعتمد المصرف إلى تضمين عقد فتح الاعتماد شرطا يخوله حق إنهائه في أي وقت بإرادته المنفردة (٢) فما مدى سلامة مثل هذا الـ من الناحية القانونية ؟ وما مدى -ن المصرف في إنهاء الاعتماد إستنادا إلى هذا الشرط ؟

في الواقع ، يمكن تقسيم الشروط التي تعلق عليها العقد إلى عدة فئات وفقا للتفصيل التالي (٣) :

(١) شروط يتوقف وقوعها على المصادفات casuelles بحيث لا يكون هذا الوقوع رهنا بإرادة أي من طرفي العقد ، وتعرف بالشروط الاحتمالية ، ومثال ذلك أن يعلق أحد المتعاقدين التزامه على وصول البضاعة سليمة إلى الميناء المقصود .

-
- (١) أنظر : علي البارودي .. العقود وعمليات البنوك التجارية ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، بدون تاريخ رقم ٢٦٠ ص ٣٧٣ .
- (٢) ورد النص على هذا الشرط في نموذج عقد فتح اعتماد بالحساب الجاري المعتمد لدى بنك أبوظبي الوطني على النحر التالي " المادة ٧ - يمكن أن ينهي مفرغ هذا العقد إما لأي سبب من الأسباب المنصوص عليها في القانون ، ولما بناء على مشيئة المقرض الذي يمكنه كل أن يفتح هذا للاعتماد ويردلف الحساب الجاري ويختمه (بنهيه " Terminate " بإشعاره المقترض بذلك " .
- (٣) أنظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (٣) نظرية الالتزام بوجه عام ، دار إحياء التراث العربي ١٩٥٨ رقم ١٢ ص ١٧ .
- أنظر : معروض عبد التواب ، مدونة القانون المدني ، الجزء الأول ، منشأة المعارف بالأسكندرية ١٩٨٧ صفحة ٥٥٣ .

(٢) شروط يرتبط تحققها أو وقوعها بمشئة أحد طرفي العقد وتعرف بالشروط الإرادية **conditions potestatives** ومثال ذلك أن يعلق أحد المتعاقدين التزامه على قيام الطرف الآخر بالزواج .

(٣) شروط مختلطة **conditions mixtes** يرتبط تحققها بإرادة أحد طرفي العقد من جهة وبعامل خارج عنها كمحض الصدفة أو إرادة الغير من جهة أخرى . ومثال ذلك أن يعلق أحد المتعاقدين التزامه على قيام الطرف الآخر بالزواج من فتاة معينة ، فهذا الشرط متعلق بإرادة من أشترط عليه الزواج من ناحية . ثم بإرادة من اشترط الزواج بها من ناحية أخرى .

ولا تثير الشروط الاحتمالية أو الشروط المختلطة صعوبة تذكر ، فهي شروط صحيحة لأنها أمور غير مستحيلة الوقوع ، كما أنها غير محققة الوقوع في نفس الوقت . فوقوعها غير منوط بإرادة أحد الطرفين المحضة (١) . ومن هنا جاز تعليق الالتزام عليها ، فالمادة ٢٦٥ من القانون المدني المصري تقضي بأن " يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع " (٢) . ولكن الصعوبة تثور بالنسبة للشروط الإرادية التي يمكن تقسيمها بدورها إلى صنفين :

(أ) شروط إرادية بسيطة **conditions simplement potestatives** ويعتبر الشرط كذلك حين يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام إلا أن هذه الإرادة لا تكون مطلقة وإنما مقيدة بظروف وملازمات أخرى كشرط النجاح في الامتحان ، إذ أن تحقيق ذلك ليس مرتبطا فقط بإرادة من يطلب منه النجاح وإنما هو مرتبط بظروف أخرى قد لا يمكن له سلطان عليها . الأمر الذي يجعل تحققه أمرا غير منوط بإرادة أحد الطرفين المحضة وبالتالي يجيز تعليق الالتزام عليه .

(١) انظر : أنور طلبة ، التعليق على نصوص القانونين اللبناني ، الجزء الأول ، دار للطبعات الجامعية بالاسكندرية ، بدون تاريخ ص ٣٥٣ .

(٢) تنالها المواد ٤٢٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي و ٣٦٥ سوري و ٢٥٢ لبي و ٨١ لبناني و ٢٨٥ عراقي .

(ب) شروط إرادية محضة *conditions purement potestatives* ويعتبر الشرط كذلك حين يتعلق بمحض إرادة أحد طرفي العقد دون إرباطها بأية ظروف أو ملاسات أخرى . فإذا تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطا صحيحا ، أما إن تعلق بمحض إرادة المدين بحيث علق ذلك المدين قيام الالتزام على محض إرادته ، إن شاء أقامه ، وإن شاء أزاله . فإن مثل هذا التعليق يكون معيبا ولا يقوم الالتزام المعلق عليه مهما تكن طبيعته (١) . ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه يعتبر شرطا إراديا محضا متعلقا بإرادة المدين ومن ثم يكون باطلا الاتفاق على ألا يأخذ الوراث حقه من التركة إلا بعد توقيع عقد القسمة بين جميع الورثة . ففي هذه الحالة يكفي أن يتمتع أحد الورثة عن توقيع العقد حتى يحال بين ذلك الوراث والحصول على حقه (٢) .

ويطالن الشرط الإرادي المحض المتعلق بـ 'إرادة المدين مقرر في التشريعات المختلفة أيضا وليس أمرا مقررا بحكم القضاء فقط . فالمادة ٢٦٧ من القانون المدني المصري تقضي بأن " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم " (٣) . وتقابلها المادة ١١٧٤ من القانون المدني الفرنسي التي تنص على ما يلي : " *Tout obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* " .

كما يقابلها الفصل ١١٢ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي جاء نصه على النحو التالي : " يبطل الالتزام إذا كان وجوده معلقا على محض إرادة الملتزم (الشرط الإرادي) ، ومع ذلك يجوز لكل من الطرفين أو لأحدهما أن يحتفظ لنفسه بالحق في أن يصرح خلال أجل محدد بما إذا كان يريد الإبقاء على العقد أو يريده فسخه . ولا يسرغ إشتراط الاحتفاظ بهذا الحق في الاعتراف بالدين ولا في الهبة ولا في الإبراء من الدين ولا في بيع الأشياء المستقبلية المسمى بالسلم " (٤) .

(١) انظر مجرمة الأعمال التطهيرية للقانون المدني المصري صفحة ١٢ .

(٢) انظر استئناف مختلط ٢٢ فبراير ١٩٠٠ م . ١٢ . صفحة ١٢٦ .

(٣) تقابلها المواد ٢٦٧ سوري ، و ٢٤٤ لبيي و ٢٨٧ عراق و ١/١٨٤ و ٢٣٦ سوداني و ١٢١ تونسي و ٢٢٥ كويتي .

(٤) انظر الفصل ١١٢ من القسم الثاني من الباب الأول من قانون الالتزامات والعقود المغربي .

وغني عن القول إن اشتراط المصرف (وهو المدين بالالتزام التمثيل بوضع مبلغ معين من النقود تحت تصرف العميل) أنه مخول بوضع نهاية للاعتماد بإرادته المنفردة يعتبر شرطاً إرادياً محضاً حيث أنه يجعل قيام الالتزام رهناً بإرادة أو بمشيئة المدين ، ومن هنا وجدنا الفقه عموماً يسلم ببطولان هذا الشرط إذا ورد في عقد فتح الاعتماد (١) .

(١) أنظر : سمحة القليوبي . المرجع في القانون التجاري . الأوراق التجارية وعمليات البنوك . دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٨ رقم ٤٦ صفحة ٢٧٧ ، وأنظر : مصطفى طه . القانون التجاري : المقتصد التجارية . الأوراق التجارية . المرجع السابق رقم ١٧٦ صفحة ٥١٣ ، وأنظر : محمد حسني عباس . عمليات البنوك . القاهرة ١٩٧٢ رقم ١٧٥ صفحة ١٣٨ . وأنظر : الياس ناصيف . الكامل في قانون التجارة الجزئية . الثالث . عمليات المصارف الطبعة الأولى بيروت ١٩٨٣ صفحة ٤٣٥ ، وأنظر : رزق الله انطاكي المساهبات والاعتمادات المصرفية . المرجع السابق رقم ٢٧ ص ٢٥٩ وأنظر : إدوار عبد - المقتصد التجارية وعمليات المصارف . المرجع السابق رقم ٢٠٩ ص ٥٧٠ .

المطلب الثاني

إتھيار ثقة المصرف في العميل

هناك أربعة معايير جرى العرف المصرفي على مراعاتها عند منح الاعتمادات للعملاء هي : الشخصية character والمقدرة capacity ورأس المال capital والضمان collateral ويشار إليها في المراجع الأجنبية بعبارة : " Four " c's" of credit (١) .

والواقع أن كلمة الاعتماد " أو " الائتمان " ليست إلا دليلا على الاعتبار الشخصي intuitu personae الأخلاقي لهذه العملية . نالكلمة الفرنسية " crédit " مشتقة من كلمة " credere اللاتينية التي تعني " الثقة والاطمئنان " (٢) .

وتأسيسا على ماسبق ، تقوم المصارف عادة قبل منح الاعتماد بالاستعلام عن العميل في الوسط الذي يعمل فيه أو يقيم فيه ، وتتبادل في العادة المعلومات المتعلقة بالعملاء بصفة سرية ، الأمر الذي أدى لوجود قائمة

(١) انظر ، Day and Beza, money and Income , N.Y. Oxford University press 1980, p. 219.

ويرى John cochran أن هذه المعايير ثلاثة هي الشخصية والمقدرة ورأس المال .

أنظر كتابه : Money , Banking and Economy , London 1975, P. 157 .

وأنظر كذلك ساسي خليل ، النقود والبنوك . شركة كاظمة للنشر والترجمة والتوزيع ، الكويت ١٩٨٢ صفحة ١٢٨ .

(٢) أنظر : انظر رزق اللانطاكي الاعتمادات المصرفية . المرجع السابق ولم ٩٧ صفحة ٢٢٣ . وأنظر في نفس المعنى : معمره محمد أحمد الرزاز .

محاضرات في النقود والبنوك . مكتبة القاهرة الحديثة ١٩٧٤ صفحة ٧٦.

سرية liste noire بالأشخاص الذين يشكل التعامل معهم خطورة ما (١) .
وهكذا ، فإن عقد فتح الاعتماد يقوم على الاعتبار الشخصي وخاصة بالنسبة للعميل حتى لو كان الاعتماد
مضمونا بتمامين عيني (٢) . فجدارة العميل بنيل الاعتماد la dignité de crédit هي الباعث
الدافع لإبرام العقد من جانب المصرف فاتح الاعتماد .

وينبغي على ماسبق عدة نتائج أهمها :

١ - إن الغلط في شخص العميل أو في صفاته الجوهرية يؤدي إلى بطلان العقد (٣) ، فالدعوة الصادرة من
المصرف لفتح الاعتمادات لا تعتبر إيجاباً يلزمه في مواجهة كل من يقبل التعاقد ، بل هي مجرد دعوة إلى
التعاقد بحيث لا يقرم العقد إلا بقبول من المصرف لا حق لإيجاب العميل .

وتقرباً على ماسبق ، فإن المصرف يلتزم فقط تجاه الموثوق به credite أي العميل الذي يفتح الاعتماد
لصاحبه ولا يتجاوزُهُ إلى الورثة مثلاً .

٢ - أنه لا يجوز للعميل أن يحيل حقه في الاعتماد إلى شخص آخر . حيث أن الشخص الآخر قد لا يكون
أهلاً للثقة التي أولاها المصرف للعميل . وإن كان يمكنه توكيل غيره في استخدام ذلك الحق على أن يظل هو
مرتبطاً في مواجهة المصرف (٤) ، كما أن خطاب تثبيت الاعتماد lettre de confirmation
غير قابل للتداول بالطرق التجارية (٥) نظراً لأن السماح بمثل هذا التداول يهدر الاعتبار الشخصي الذي يتسم به
العقد .

(١) أنظر محي الدين اسماعيل علم الدين ، مرسوعة أعمال البنوك من التاميتين القانونية والمالية ، الجزء الثاني ، النافذة ١٩٨٧ رقم ٩٣٥ صفحة

١٠٣٧ .

(٢) أنظر ، مصطفى طه ، القانون التجاري ، الأولون التجارية والمقررة التجارية ... المرجع السابق رقم ٥٧٥ صفحة ٥١٣ .

(٣) أنظر : الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، المرجع السابق صفحة ٤٣٠ .

(٤) علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المرجع السابق رقم ٤٣٧ صفحة ٣٤٧ .

(٥) أنظر : محمد حسني عباس ، عمليات البنوك ، المرجع السابق رقم ١٧٦ صفحة ١٣٩ .

وعليه ، فإن استخدام الاعتماد حق للعميل يتعلق بشخصه ولا يجوز لدائمه أن يستعمله بدلا منه ، كما لا يجوز لهم إجباره على الإنفاق من الاعتماد بأن يحجزوا تحت يد المصرف على قيمة ذلك الاعتماد (١) .

٣ - أنه يجوز للمصرف إنهاء الاعتماد متى اختلفت توازن الاعتبارات الشخصية للعميل *éléments personnelles* للعميل (٢) . ونظرا لتعلق هذه المسألة الشديد بموضوع بحثنا فسنوليها مزيدا من الشرح وفقا للتفصيل التالي :

هناك أحوال تؤدي إذا ما قامت ، لاختلال توازن الاعتبارات الشخصية للعميل (٣) كنتيجة لتحقق حوادث جسيمة *événements graves* الأمر الذي يبرر للمصرف تعليق الاعتماد أو إنهاءه حتى لو لم يسبق الاتفاق على ذلك ، ومن أمثلة هذه الحوادث تصفية الممتلكات *La liquidation de biens* أو التوسية القضائية *le règlement judiciaire* أو فقدان الأهلية *l'incapacité* أو الوفاة *le décès* (٤) .

(١) أنظر : محي الدين اسماعيل ، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، المرجع السابق رقم ٩٣٦ صفحة ١٠٣٨ .

(٢) أنظر : أكرم ياملي وفائق الشجاع ، القانون التجاري ، منشورات جاسم بنهاد ١٩٨٠ صفحة ٣٦٨ .

(٣) أنظر : Jack vézian , la responsabilité du banquier en droit privé français, op, cit, no: 288, p. 204

وأنظر : Jean claude Bousquet, l'entreprise et les banques, librairies techniques , 1977, p. 79.

(٤) أنظر : صحيفة *التلغري* ، المخرج في القانون التجاري ، المراجع السابق رقم ٤٤ صفحة ٢٧٦ . ويرى البعض أن الوفاة لا تؤثر على العقد حيث أن حقوق التلغري وإجباته تنقل للورثة باعتبارهم من خلف المأم . أشار لذلك : زريق الله أنطاني ، الحسابات والاعتمادات المصرفية ، المراجع السابق صفحة ٢٥٧ . ويرى مع الغالبية أنه يصيب الصلح بذلك تأسيسا على اعتماد عقد فتح الاعتماد على الاعتبار الشخصي .

وإذا كان العميل شركة فإن الاعتماد ينقضي بحلها أو تصفيتها أو إفلاسها (١) . ويقال نفس الشيء في حالة تحول الشركة إلى شكل آخر حتى لو لم يؤد التحول إلى ضعف مركزها المالي أو إنقاص الضمانات ، وذلك تأسيسا على أن الشكل القانوني للشركة *forme juridique* يعتبر واحدا من عناصر الخطر التي تؤخذ بعين الاعتبار عند فتح الاعتماد (٢) ، حيث أن تغير الشكل قد يؤدي لتغيير في نظام إدارة الشركة أو في الأشخاص القائمين على تلك الإدارة مما يؤدي لتغيير في مدى الخطر الذي يتعرض له المصرف .

ويضيف الفقه في المادة إلى ماسبق الحجر على العميل وإفلاسه واضطراب أعماله اضطرابا خطيرا وتوقفه عن الدفع حتى لو لم يثبت هذا التوقف بحكم (٣) ، وإرتكاب العميل لأفعال تخل بالشرف والاستقامة كتناجيا لعمليات مقامرة ، أو حكم عليه في جريمة نصب واحتيال أو في جريمة إصدار شيك بدون رصيد .

وقد ذكر أسكارس بهذا الصدد (٤) : إن عدم محافظة العميل على أهليته لنيل الاعتماد تشكل نوعا من الخطأ يبرر إعطاء الطرف الآخر - أي المصرف - حق المطالبة بالتعويض ، وغير تعويض يتسق مع هذا الخطأ هو رجوع المصرف عن الاعتماد المقترح (٥) .

ولكن هل يستطيع المصرف إنهاؤه الاعتماد أو تعليقه إذا لم يقع أي من الحوادث الجسيمة المشار إليها وذلك استنادا إلى صيرورة العميل غير أهل للثقة التي أولاه إياها المصرف ؟

(١) أنظر : محي الدين إسماعيل ، ميسرة أعمال البنوك من التاميتين القانونية والعملية ، المراجع السابق رقم ٩٤٣ صفحة ١٠٤١ .

(٢) أنظر : Christian Galvada et Jean Soufflet, Droit de la banque, Paris 1974, no 441, p. 580

(٣) أنظر : الياس ناصيف ، الكافل في قانون التجارة ، المراجع السابق صفحة ٤٣١ . وأنظر : شكري أحمد السامي ، الوسيط في قانون التجارة المصرفية والمصارف ، المراجع السابق صفحة ٤١٣ .

(٤) أسكارس ، الجزء السادس ، صفحة ٤٧٣

وأنظر : René Rodière , Jean - Louis , Riviés Lang , Droit Bancaire, op cit , no, 244, p.320

(٥) أنظر رزق الله انطاكي ، المساهبات والاعتمادات المصرفية ، المراجع السابق رقم ١٢٢ صفحة ٢٦٣ .

لقد تبنى الفقه الفرنسي بهذا الصدد قاعدة ذات أصل ألماني تسمح للمصرف بإلغاء الاعتماد إذا حدث ما يهدد بالجدارة لنيله *La dignité du crédit* وذلك تأسيسا على أن منح الاعتماد من جانب المصرف مستند للثقة التي يوليها ذلك المصرف للعميل . ولا يعتبر ذلك مجرد شرط ابتداء . يتعين توافره عند فتح الاعتماد فقط وإنما هو شرط بقاء أيضا لا بد من قيامه طالما كان الاعتماد نافذا ، وإلا أصبح المصرف مخولا بالتدخل من التزامه في مواجهة العميل (١) .

ومع ذلك فإن المصرف يبقى على الدوام متحملا بعبء إقامة الدليل على قيام الأسباب التي تؤدي للإخلال بالجدارة لنيل الاعتماد ، وتبقى للقضاء سلطة تقدير جدية تلك الأسباب (٢) . أما إذا استند المصرف في قراره بإنهاء الاعتماد أو تعليقه إلى مجرد الحيلة والخطر استنادا إلى صعوبات مالية تكتنف المشروع ، فإن تصرفه هذا يعتبر إساءة لاستعمال الحق الذي خوله إياه القانون وغروجا على قواعد حسن النية مما يؤدي لقيام مسؤوليته في مواجهة العميل (٣) .

وعلى العموم ، فلا بد من التمييز بين الأسباب التي تؤدي للإخلال بالجدارة لنيل الاعتماد ، فإذا تعلقت هذه الأسباب بظروف خارجة عن شخص العميل كالأزمات الاقتصادية والأحوال السياسية والاجتماعية غير المواتية *defavorables* فالأصل أنها لا تدخل المصرف تعليق الاعتماد أو إنهاءه مالم تكتسب هذه الظروف وصف "القرة القاهرة" بحيث تجعل من المتعذر على المصرف تنفيذ التزامه لأسباب لا بد له فيها (٤) أو تفتح الباب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة (٥) .

(١) أنظر : رزق الله انطاكي ، الحسابات والاعتمادات المصرفية ، المراجع السابق رقم ١١٧ صفحة ٢٥٦ .

(٢) أنظر : أدوار عبد ، العقود التجارية وعمليات المصارف ، المراجع السابق رقم ٢٠٩ صفحة ٥٧٠ . وأنظر : إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، المراجع السابق صفحة ٤٣٦ .

(٣) أنظر : رزق الله انطاكي ، الحسابات والاعتمادات المصرفية ، المراجع السابق رقم ١١٧ صفحة ٢٥٦ .

(٤) أنظر : إيسكازا الجزء السادس صفحة ٤٧٥ .

وأنظر : قابيا وصفا في شرح قانون التجارة م ٣١٠ رقم ٢٧ .

(٥) مع ذلك ، يرى البعض أنه يصعب تصور تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال إلغاء الاعتماد على الرغم من أن عقد فتح الاعتماد من طرف المدة حيث أن معنى إبطال هذه النظرية هو إعادة التوازن بين التزامات المتعاملين كنتيجة للإخلال الناتج عن الظروف والأحوال الطارئة . بينما نحن هنا بصدد إبطال المصرف من التزامه في مواجهة العميل . ولذا يصعد التوازن . أنظر : Jack vézian ، *La responsabilité du banquier* , op . cit , no 290, p. 205

أما إذا تعلقت تلك الأسباب بالنشاط الشخصي للعميل كالدسائس الماكرة manoeuvres déloyales والتصرفات غير المنتظمة comportement irrégulier وسحب كمبيالات المجاملة tirage d'effets de complaisance فإن تصرف المصرف بتعليق الاعتماد أو إنهائه يكون مبرراً ، إلا أن المصرف يبقى مع ذلك ملتزماً بمراعاة مجموعة من الضوابط أهمها (١) :

١ - قيامه بإخطار العميل قبل لجوئه لإلغاء الاعتماد محدد المدة .

٢ - وفاءه بالشيكات الصادرة قبل تاريخ الإلغاء ، أما بالنسبة للشيكات التي يصدرها العميل بعد الإلغاء ، فقني عن القول اعتبارها مفتقرة للرصيد sans provision حيث أن الرصيد ينبغي أن يكون معينا وقائما وقت إصدار الشيك .

٣ - استناده إلى مبرر مشروع لإلغاء الاعتماد ، فقطع الاعتماد اعتباطا brutalement يزدى لقيام مسؤولية المصرف . وواقع الأمر أن ما يبرر قطع الاعتماد محدد المدة ودونما إخطار مسبق هو وقوع خطأ جسيم une faute lourde من جانب العميل وتقدير ما إذا كان القطع أو الإنهاء مبرراً أو غير مبرر خاضع لرقابة القضاء كما أسلفنا .

وختاما ، هنالك حالة معينة لا يهتول فيها المصرف بإنهاء الاعتماد على الرغم من انهيار الثقة في العميل نتيجة طرؤه أسباب تخل بالاعتبار الشخصي ، وهي حالة كون الاعتماد مشروطا لحساب الغير (١) إذ يفترض عندها أن المصرف قد نزل مقدما عن التمسك في مواجهة هذا الغير بكل سبب ناشئ من هذا العقد أو مترتب على سلوك العميل ، ويعنى آخر ، فإن التزام المصرف في مواجهة المستفيد يعتبر التزاما مستقلا ، وذلك تطبيقا لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير (٢) . وقريب من ذلك تصرف المصرف بقبول كمبيالة سحبها عليه العميل ، فإن التزامه في مواجهة حاملها يبقو قائما على الرغم من اهتزاز الثقة في العميل صاحب الكمبيالة (٣) .

(١) أنظر : علي جمال الدين موسى ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المرجع السابق رقم ٤٤٨ صفحة ٢٥٣ .

(٢) طبقا للسادة ٧٥٤/٧ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي فإنه يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير أن يكسب هذا الغير حقا مباشرا قبل التصهد بتنازل الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه سالم يعلق على خلاف ذلك ، ويكون لهذا التصهد أن يتمسك قبل التمتع بالفروع التي تنشأ عن العقد .

(٣) طبقا للسادة ١/٥٢٦ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي فإنه إذا قبل السحوب عليه الكمبيالة كان ملزما بوفاء قبضتها في معاد استحقاقها ، وفي حالة عدم الوفاء ، يكون للحامل الرجوع على السحوب عليه للتأجيل بدعوى مباشرة ناشئة عن الكمبيالة .

المبحث الثاني

إنهاء عقد الاعتماد غير محدد المدة (١)

إذا فتح الاعتماد لمدة غير محددة ، ففني عن القول إن أيا من أطرافه يمكنه إنهائه بإرادته المنفردة (٢) ، وذلك تطبيقا للقاعدة التي تحكم العقود المستمرة les contrats successifs (٣) ، والقول بغير ذلك يتنافى مع خصوصية هذه العقود إذ يجعل الالتزام فيها ذا طبيعة دائمة (٤) .

وعلى الرغم من أن البعض يرى في تخويل المصرف هذا الحق نوعا من الشرط الإرادي المحض (٥) ، إلا أننا

(١) نهدر الإشارة إلى أن الأعدادات غير محددة للمدة هي الأكثر شيوعا في فرنسا . أنظر :

Christian Gavalda, Responsabilité Professionnelle du Banquier, Paris 1978, P. 50

(٢) قالوا ما ياتي الإتيان - من جانب المصرف حيث أن العميل يستطيع الوصول لنفس نتائج الإتيان - عن طريق عدم استكمال الاعتماد للمنتفع لصالحه .

(٣) أنظر : Renè Rodière, Jean - Louis, Rives - Lang , Droit Bancaire op. cit no 244, P.318

(٤) أنظر : J. Azema, La durée des contrats successifs , thèse , Lyon , 1969, P. 145 et S.;

Marty et Raynaud, Droit civil, T.2, 1962, P.58

Bach, De L'ouverture du credit, thèse , Paris 1982, P 260

(٥) أنظر :

نخالف هذا الرأي من وجهين : فمن ناحية فليس وجود الالتزام هو الذي يتوقف على إرادة المصرف في هذه الحالة حتى يقال إننا بصدد شرط إرادي محض . ومن ناحية ثانية فإن إنهاء العقود بالارادة المنفردة بشكل واحد من المبادئ - المسلم بها في العقود غير محددة المدة (١) .

وعليه فالأصل أن إنهاء الاعتماد غير محدد المدة من جانب المصرف لا يعتبر خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية أو إخلالا يؤدي لقيام المسؤولية العقدية (٢) . بل إن المصرف يستطيع تعليق استمرار الاعتماد على قيام المعتمد له بتوفير ضمانات (٣) .

ولكن هل حق المصرف في إلغاء الاعتماد أو تعليقه حق مطلق أم أنه مقيد بضرورة عمل إخطار أو إشعار مسبق ؟

الواقع أن موقف المصرف من هذه المسألة يعتبر أمرا بالغ الحساسية . فإذا لاحظ مثلا أن عميله فائع الاعتماد يواجه صعوبات مالية فإنه مضطر للاختيار بين أمرين أحلاهما مر : فإذا قرر إنهاء الاعتماد أو تعليقه بدون إخطار بوجهه للعميل ، فقد يؤدي ذلك لوضع نهاية لنشاط العميل ، الأمر الذي يجعل المصرف فسي

(١) انظر : Jack Vézian , la responsabilité du banquier en droit privé français, op. cit, no 279 , P. 200

وانظر : Van Ryn , Principes de droit commercial , Bruxelles 1960, t.3, P. 356

(٢) انظر : Jack Vézian, la responsabilité du banquier en droit privé français , op.cit no 278, p. 199

وانظر : Trib. com. Seine , 3 juil 1967, Banque 1967,obs. x. Mani

(٣) انظر : Cass. Com . 18 mai 1978, Dame Mottet C. crédit lyonnais: Gaz. Pal. 25-29 août 1978.

مواجهة خطر قيام مسؤوليته بسبب سحب الاعتماد بدون إخطار مسبق It risks liability for
unwarranted withdrawal وإذا قرر الاستمرار في تمويل العميل في حدود مبلغ الاعتماد
فإنه يخاطر بقيام مسؤوليته في مواجهة دائتي العميل بسبب استمراره في الاعتماد بدون إخطار (١) It
risks liability for unwarranted credit

ونظرا لخطورة قرار المصرف بهذا الصدد ، وما يترتب عليه من آثار ، فقد شغلت مسألة ضرورة توجيه إخطار
للعامل قبل قيام المصرف بإثاء الاعتماد ، أو عدم ضرورة توجيه مثل هذا الإخطار حيزا كبيرا في كل من الفقه
والتضاء والتشريع ، الأمر الذي يستوجب تناول موقف كل منها في مطلب مستقل ، ومن ثم الانتقال لتناول
موضوع مدة الإخطار في مطلب رابع .

(١) انظر : Ross Cranston, Banks: Liability and Risk, Lloyd's of London Press 1990, P. 195

المطلب الأول

الفقه والإخطار المسبق

يكاد الإجماع يتعمد على أن من المتعين على المصرف أن يراعي أعلى درجات اليقظة عند اتخاذ قراره بإنهاء الاعتماد بحيث لا يتم ذلك بطريقة تعسفية arbitrarily وإلا قامت مسؤوليته في مواجهة العميل الذي إستند في تنفيذ مشروعاته على تنفيذ اتفاقه مع المصرف بحسن نية . بل وفي مواجهة الغير الذين اعتمدوا في تعاملهم على الاستمرار العادي للاعتماد (١) : relied on the normal duration of the credit.

ولذا ذهب البعض (٢) إلى ضرورة إلزام المصرف بعمل إخطار للعميل يبلغه بحججه عن عزمه بوضع نهاية للاعتماد بعد مضي مدة معينة . وتكمن علة ذلك في التخفيف من الصعوبات التي ستنتج عن الإنهاء الدجائي للاعتماد . ومن وجهة نظر (٣) J. Azema " فإن الحاجة للإخطار المسبق تعتبر مبدأ هاما يطبق في كافة العقود المستمرة غير محددة المدة : La nécessité d'un préavis est un principe général applicable à tous les contrats successifs".

Brussels 3 april 1984 , R.P.S. 1984, Nr 6292, P. 0 184.

(١) أنظر :

(٢) من القائلين بذلك : Ripert et Robolt Traité élémentaire de droit commercial, T.1, Paris, 1972, no . 287; Hamel(J.) , Lagarde (G.) Jauffret (A.) Traité de droit commercial, T.1, Dalloz 1966, no 1786.

وأنظر أيضا : عبد الحمي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٢ رقم ٣٦٦ صفحة ٥٠٠ حيث ذكر أن العقد غير محدد المدة ينتهي بإرادة كل من المتعاقدين بشرط إخطار المتعاقد الآخر مدة معينة قبل الإنهاء . وبشرط ألا يكون الإنهاء - في وقت غير مناسب .

J.Azema, la durée des contrats successifs, op. cit, no 228.

(٣) أنظر :

ويستند البعض في استلزام ذلك إلى قياس عقد فتح الاعتماد بالعقد الأخرى مثل عقدي الإيجار والعمل (١) ويضيف أنصار هذا الاتجاه أن من المتمعن على المصرف حين يلاحظ ضعف المركز المالي للعميل أن لا يكتفي فقط بهوّن مصالحه الذاتية ، وإلّا ينبغي عليه كذلك أخذ مصالح الآخرين كدائني المئلس بعين الاعتبار (٢) .

ومع ذلك ، يرى آخرون أن إنهاء الاعتماد أو قطعه بدون إخطار مسبق لا يشكل خطأ من جانب المصرف وذلك تأسيساً على أنه لا العرف المصرفي ولا القانون يستلزمان مثل هذا الإخطار (٣) . كما أن عدم توجيه الإخطار من جانب المصرف لا يشكل إخلالاً بالتزام عقدي (٤) . وغني عن القول إن فرقا كبيرا يترتب على اعتبار التقيد بعمل إشعار ذا طبيعة عقدية أو على عدم اعتباره كذلك ، ففي الحالة الأخيرة يتم تقويم سلوك المصرف بالنسبة لإنهاء الاعتماد من زاوية محددة لا مطلقة تتجسد في مجرد النظر للظروف المالية والشخصية للعميل ، ومدى اهتزاز الثقة التي علق عليها الاعتماد ، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار كثرة أو قلة المداولات والتوجيهات والملاحظات التي يابرها المصرف في مواجهة العميل قبل إنهاء الاعتماد . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن عبء إثبات السلوك التعسفي *comportement abusif* للمصرف يقع على عاتق العميل المطالب بالتعويض (٥) .

(١) أنظر : Christian Gavalda et Jean Soufflet, Droit de la banque, op.cit, no 440, p. 579.

(٢) أنظر : Ross Cranston , Banks, op. cit, p. 196.

(٣) خلا ما ذكره M. Stoufflet في مقالة له في الأسبوع القانوني سنة ١٩٧٢ . أنظر لذلك :

Jack Vézian, la responsabilité du banquier, op.cit, no 282, P.201.

(٤) أنظر : عبد المجيد محمد عبودة ، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية ، معهد للإدارة العامة ، ١٤٠٦ هـ ، صفحة ١٩٨ .

(٥) أنظر : Christian Gavalda et Jean Soufflet, Droit de la banque, op.cit no 440, P. 580.

ويبرر أصحاب الاتهام الأخير رأيهم بأن مبنى فتح الاعتماد توافر الثقة التي هي سبب التزام المصرف ، وعليه ، فإن تعرضها لما يعدمها أو يهزمها أثناء مدة الاعتماد يدخل المصرف حق الإنهاء دوناً حاجة لإخطار أو مهلة ، خاصة إذا كنا بصدد مشروع تردّي في هاربة التوقف عن الدفع (١) . ويضيف هؤلاء أن المصرف غير ملزم بتبرير قراره المتعلق بإنهاء الاعتماد (٢) . ويردقون لتعزيز حججهم القول بأن التزام المصرف بعمل إخطار سبق سيحفز العميل لسحب أقصى ما يستطيع سحبه من مبالغ أثناء مدة الإخطار بحيث يكون إنهاء الاعتماد بانتهاه تلك المدة غير ذي جدوى (٣) .

ولكن يرد على ذلك بأن مثل هذه الخطورة تشكل خصيصة من خصائص الاعتماد إذ لا اعتماد بلا مخاطر (٤) ، سواء كانت مخاطر عامة كالحروب والاضطرابات الاجتماعية ، أم مهنية كالثورات التقنية والتفهر الحاد في الأسعار ، أم خاصة بالعمل ذاته . ويرى M. Derrida بهذا الصدد أن هذا هو ثمن حرية المصرف بقطع الاعتماد في أية لحظة دون التامه بتقديم أدنى مبرر (٥) . وقد أثبتت الأحداث أن الائتمان والمخاطر صنوان مهما كانت الضمانات المقدمة ، فالتاريخ حافل بالنكسات التي نكبت بها المصارف التجارية منذ أزمته العالمية في الثلاثينات وحتى الآن . وواقع الأمر ، أن المصارف لا تملك أن تتحاشى المخاطرة بكافّة

(١) أنظر : محمّد مختار بربري المسؤولية التصرفية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات ، المرجع السابق رقم ٥٥ صفحة ٩٥ .

(٢) أنظر جالفا وستروبلية ، المرجع السابق ، رقم ٤٤٠ صفحة ٥٨٠ .

(٣) أنظر : Ross Cranston, Banks: Liability and Risk, op.cit, P. 196.

(٤) أنظر : حميد الصلح ومرويس نصر ، المصرف والأعمال المصرفية ، الألفية للنشر والتوزيع - بيروت ١٩٨٩ رقم ١١٦ صفحة ١٠٣ .

(٥) أشار لذلك ، Jack Vézian, La responsabilité du banquier, op.cit, no, 286, P. 204.

صورها ، ولكنها تحاول بذلك قصارى جهدها لتخفيض المخاطر إلى أقل قدر ممكن (١) .

ومما لا شك فيه أن الترخيص المطلق للمصرف بإنهاء الاعتماد بدون إخطار مسبق يشكل غلوا في الوقوف إلى جانب المصرف وانحيازاً متطرفاً للمذهب الفردية بل خروجاً على وظيفة المصارف في توزيع الائتمان وخلقها ، صحيح أن المصرف يتمتع بحق الإنهاء بإرادته المنفردة ، إلا أن الإخطار المسبق يستمد أصوله من الالتزام العام بالمحيطه Prudence للعرض على كل من طرفي العقد ، وخاصة إذا كان هذا الطرف محترفاً كالمصرف (٢) ، مما يلزمه ، حين يريد وضع نهاية لعلاقته بالعميل ، أن يوفر لذلك العميل الوقت الكافي لإيجاد بديل عن الاعتماد وإلا يعتبر المصرف متعسفاً في إستعمال حقه . وقد ساهم الفقه الانجليزي هذا التوجه ، فقد ذكر Holden (٣) : " إنه ينبغي على المصرف الذي يرغب في إيقاف التعامل مع عميل أن يعطي ذلك العميل إخطاراً زمنياً معقولاً ، وينبغي أن تكون مدة الإخطار كافية - أخذاً في الاعتبار كافة الظروف المحيطه - لتمكين العميل من إجراء ترتيبات بديلة " .

(١) أنظر : حياة شحاته ، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية مع إشارة خاصة لمصر ، القاهرة ١٩٩٠ ، رقم ٤ صفحة ٦ .

(٢) أنظر : Jack Vézian, La responsabilité du banquier, op.cit, no 282, P.201.

(٣) "A banker who wishes to cease transacting business for a customer must usually give the customer reasonable notice; and the period of notice must be long enough to enable the customer , having regard to all the surrounding circumstances, to make alternative arrangements" .

أنظر : Holden, The law and Practice of Banking, part 1.,3 rd edition London 1980, P. 179.

المطلب الثاني

القضاء والإخطار المسبق

على الرغم من أن أحكام القضاء لا تعتبر التقيد بعمل إشعار أو إخطار مسبق بمثابة التزام عقدي *obligation contractuelle* لكنها تلزم إلى أنه إذا عمد المصرف ، بدون سبب جدي *sans raison serieuse* لتقطع الاعتماد أو إنهائه فجأة *brusquement* ، وأدى ذلك للإضرار بالعمل ، فإنه يعتبر متعصفا في استعمال حقه وبالتالي ملتزما بالتعويض (١) ، حيث أن التعسف في استعمال الحق *abuse de droit* قد يباشر في صورة خطأ سمعي أو غير سمعي ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في ١٣ يناير سنة ١٩٨٢ (٢) أن من التمعن على المصرف الذي يعمد لتقطع الاعتماد أو إنهائه أن يملك ذرائع جديّة *moyens serieux* لدعم قراره كالإغلاق المحتمي *Fermeture inévitable* للمؤسسة العميلة أو إعاقة المدين *L'insolvabilité du débiteur* مع ملاحظة *la désorganisation de l'entreprise* أو الخلل في المشروع *credité* أن قراره يبقى دائما خاضعا لرقابة القضاء ، ومن المعلوم أن القضاء لا يقر التعويض مالم يتبين أنه كان من المتعذر على العميل مرصعة نشاطه بسبب الحوادث التي لحقت به بدون إخطار مسبق (٣) ، علما

(١) Nîmes, 24 nov. 1971 , Banque 1972, P.297, note Martin; Orléans 26 oct . 1971, (١) J.C.P. 1972 , 2 , no 17082, note stoufflet; Aix 31 mars 1978 R.T.D.Co. 1978,148 ; Trib. com. de Marseille 13 oct. 1976 R . T. D. Co. 1977 , 138 .

Rev. Trim. dr . com. 1982, 597, obs. cabrillac et Teyssie .

(٢) انظر :

Cass. Com. 8 mai 1979, Gaz Pal. 1979, 2, Somm. P 390 ; cass.

(٣) انظر :

com. 19 nov. 1985, J.C.P. 1986 Ed. E. Nr. 15149 ; cass. com. 6 mars 1978, D. 1979, I.R. 362 .

بأن المصرف لا يلتزم بتبرير قراره في إنهاء الاعتماد أو قطعة في مواجهة العميل حيث أن ذلك يعتبر - وفقا للقواعد العامة - سلطة تقديرية له (١) .

وفي قضية حديثة ، خطر القضاء الأمريكي على المصرف سحب الاعتماد بدون توجيه إخطار معقول withdrawing credit without reasonable notice للعميل (٢) .

هذا ، وكثيرا ما تعمد المصارف في تبريرها لإنهاء المتسر Anticipatory Repudiation للاعتماد لإثارة حجة العجز المتوقع Prospective default للمشروع ، ففي قضية : Glatt V. Bank of Kirkwood Plaz 383 N.W. 2d . 477 (N. D. 1986) (٣) تعهد المصرف بتقديم اعتماد للمدين بقيمة مليون وسبعماية ألف دولار لبناء مطعم وناد بموجب عقد اعتماد لمدة ستة أشهر يتضمن ثلاثة وعشرين شرطا . وبعد شهر من توقيع العقد عمد المصرف إلى إبلاغ المدعين - شقريا - أنه غير معني بتوفير الاعتماد بحجة أنهم لن يكونوا قادرين على تنفيذ شروط العقد ، وبعد ثلاثة أسابيع من الإبلاغ الشفوي قام المصرف بتأكيد قراره بعدم توفير الاعتماد محمرا ، فقضت المحكمة لصالح المدعين نظرا لعجز المصرف عن إقامة الدليل على عدم قدرة المدعين على تنفيذ ما سبق لهم التعهد به .

وواقع الأمر ، أن المحاكم تتشدد في إنهاء الاعتماد من جانب المصرف دون قيامه بإخطار العميل مسبقا وتتطلب لذلك قيام دوافع جدية (٤) motifs sérieux كما أسلفنا . وقد أكدت ذلك الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها صدر في ١٤ فبراير سنة ١٩٨٩ حيث أشارت إلى " أن الإعفاء من الإخطار المسبق لا يكون إذن إلا في الأحوال الاستثنائية التي تلقي تبريرها في السلوك الملموم من قبل

Paris 28 oct. 1967, Banque 1968, P.61, obs. Martin .

(١) أنظر :

Segap garages ltd. V. Gulf oil (Great Britain) ltd. The Times 24 oct. 1988 .

(٢) أنظر :

Ross Cranston, Banks: Liability and Risk, op. cit, P.211

(٣) أنظر

coss. com. 13 janv. 1982, Bull. civ . TV, no 13.

(٤) أنظر :

La dispense de préavis ne peut donc sauf : صاحب المشروع :
circonstances exceptionnelles qu'être justifiée par la
comportement répréhensible du chef d'entreprise (١)
Buckingham & co. v. London and : المستقر في القضاء الانجليزي كذلك ففي قضية :
Midland Bank (٢) التي تعتبر من أقدم القضايا المتعلقة بإقفال حساب عميل من قبل مصرف ، تقرر
أن العميل كان مغفلاً بإشعار معقول يقضي بعدم الرغبة في التعامل معه ، وحيث أن ذلك لم يتم ، فقد
استحق مبلغ خمسمائة جنيه استرليني كتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء تصرف المصرف .

وفي قضية (٣) Joachimson V. Swiss Bank corporation ذكر القاضي اللورد
ATKIN "من المقرر قاطعاً أن البنك ليس حراً في إقفال حساب ائتمان إلا بإرجاء إخطار معقول
upon reasonable notice."

هذا ، وقد تعرضت المحكمة الاتحادية العليا (دائرة النقض المدنية) بأبوظبي في الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٥
ق. ع نقض مدني لمسألة مدى حق المصرف في إنهاء اعتماد اتخذ صورة تسهيلات بإرادته المنفردة ، ودونما
إخطار مسبق للعميل ، وذلك استناداً إلى تضمين عقد فتح الاعتماد شرطاً بخول المصرف ذلك ، فإشارت في
حكمها الصادر في يوم الثلاثاء التاسع عشر من جمادي الأولى سنة ١٤٠٩ هـ الموافق ١٢/٢٧/١٩٨٨م (٤)
إلى أن " لتحلل البنك من التزامه بوضع مبالغ معينة تحت تصرف المستفيد في عقود فتح الاعتماد ليس كيفية ،
والأصح التزام البنك بالتزاماً إرادياً محضاً " و انتهت المحكمة إلى إلزام المصرف بفتح الاعتماد بتعويض العميل
عن الأضرار التي لحقت به كنتيجة للوقف العجائي للتسهيلات الممنوحة له .

Rev. Trim. dr. com. 1989, 507

(١)

(1895) 12 T.L.R. 70.

(٢)

(1921) 3 K.B. 110, P. 127

(٣)

(٤) حكم غير منشور . وقد اتجهت لي فرصة تقديم الشفيرة في الطعن للشار إليه بخصوص مدى التزام المصرف بالاستمرار في تقديم التسهيلات والقرود
التي ترد على ذلك وبما فيها . وبما حكم المحكمة مطابقاً لوجه النظر التي تضمنها تقرير الشفيرة . انظر الصفحات ١١ - ١٨ من ذلك التقرير الذي هم

للمحكمة الاتحادية العليا بأبوظبي بتاريخ ١٩٨٨/٥/٢٠

المطلب الثالث

التشريع والإخطار المسبق

لقد درجت التشريعات قديماً في ظل سيطرة المذهب الفردي وتفنديس مبدأ سلطان الإرادة على إعطاء المصرف الحق في التحلل من التزامه الناشئ عن عقد فتح الاعتماد في حال صيرورة الأخير غير مليء أو ثبوت عدم ملائمة وقت التعاقد على غير علم من فائح الاعتماد وبنما حاجة لإخطار مسبق أو تحديد فترة زمنية معينة توضع نهاية للاعتماد بانتقضائها . فهذا ما تقتضي به التشريعات في سوريا ولبنان والأردن وقطر (١)، وما كانت تقتضي به المادة ٦٣٤ من قانون التجارة الكويتي رقم ٢ لسنة ١٩٦١ حيث ورد نصها على النحو التالي : " يجوز لفائح الاعتماد أن ينقض العقد إذا أصبح المعتمد له غير مليء أو كان عديم الملائمة وقت التعاقد على غير علم من فائح الاعتماد " .

ومع ذلك ، تجدر الإشارة الى ملاحظتين بهذا الخصوص :

الأولى : أنه لا يوجد نص تشريعي يسمح للمصرف بإلغاء الاعتماد دون قيد أو شرط .
الثانية : أن المصرف يلتزم - حتى في ظل النصوص المشار إليها - بعبء اثبات عدم ملائمة المعتمد له أو اثبات وقوع المصرف في غلط يتعلق بملامة العميل عند إبرام العقد .

ولكن التوجه التشريعي الحديث ، ويتأثير من الفقه والقضاء ، قد هجر الموقف السابق ، فبدأت التشريعات المختلفة تتحوّل منحي جديداً بهذا الصدد ، فهي إذ تجيز للمصرف إنهاء الاعتماد غير محدد المدة في كل وقت ،

(١) انظر المواد ١/٤٠٦ من قانون التجارة السوري رقم ٤٩ لسنة ١٩٤٩ و ٢٩١ من قانون التجارة اللبناني رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٤٣ و ١/١١٩ من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ و ٢٤٦ من القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٧٦ بإصدار قانون الموائد المدنية والتجارية القطري .

إلا أنها تشترط إخطار المستفيد قبل الميعاد المعين للإلغاء بفترة زمنية معينة . وتعتبر كل اتفاق يكون موضوعه إعطاء المصرف حق إلغاء الاعتماد غير معين المدة دون إخطار سابق ، أن بإخطار يعمل في ميعاد أقل مما هو منصوص عليه بأطلا (١) .

وفي فرنسا ، أصبح الجدل المتعلق بمدى حق المصرف بإلغاء الاعتماد غير محدد المدة بنون إخطار مسبق ذا طبيعة تاريخية بعد صدور القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٤ الذي كرس حماية العميل من لجوء المصرف للإنتهاء المباعد للاعتماد فقصت المادة ٦٠ منه بلكه يلزم لإنهاء الاعتماد غير محدد المدة توجيه إخطار مكتوب للعميل ومن ثم وضع الإنتهاء موضع التنفيذ بانقضاء المدة المتفق عليها . وقد أضافت المادة المذكورة بأن توجيه الإخطار غير ضروري - وسواء كان الاعتماد محدد المدة أم غير محدد المدة - إذا كان الإنتهاء بسبب ظهور الانهيار النهائي للمشروع أو بسبب الخطأ الجسيم من جانب العميل (٢) .

وعلى الرغم من أن هذا الموقف التشريعي من جانب المشرع الفرنسي قد وضع حدا لجدل طال أمده ، إلا أنه مع ذلك كان محل نقد الفقهاء من وجهين (٣) .

(١) انظر الفترتين الثانية والثالثة من المادة ٣٧٩ من قانون التجارة العراقي . والفقرة الثانية من الفصل ٤٧٠ من قانون التجارة المغربي . والبرد الثاني من الفصل ٧٠٥ من مجلة التجارة التونسية الصادرة بالقانون رقم ١٢٩ لـ ١٩٥٩ . والمادة ٢٣٤ من القانون التجاري الليبي الصادر في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣ .

(٢) انظر : محمود مختار بربوي . المسؤولية التصرفية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات . المرجع السابق رقم ٥٧ صفحة ٩٦ .

(٣) انظر : CABRILLAC ET TEYSSIE, REV. TR. DR. COM. NO 40 , 1984 BANQUES ET OPERATION DU banque , P. 312

انظر أيضا : Christian Gavalda et Jean soufflet, la loi bancaire du 24 janvier 1984, J. C.P. 1985, 3176.

١ - أنه لم يحدد مهلة معينة ينبغي انقضاؤها حتى يوضع الإتهام موضع التنفيذ الأمر الذي قد يسمح بتهرب المصارف عن طريق تضمين عقود فتح الاعتمادات مهلا وجيزة جدا ذات طابع رمزي .

٢ - أنه أقرن وجوب توجيه الإخطار بعدم وجود خطأ جسيم من جانب العميل ، الأمر الذي يفتح بابا واسعا قد يفرغ التزام المصرف بوجوب عمل الإخطار من مضمونه .

هذا ، وقد توالى الأخذ بهذا الموقف التشريعي في الدول المختلفة ، ففي الكويت تم العدول عما قضت به المادة ٦٢٤ من قانون التجارة الكويتي رقم ٢ لسنة ١٩٦١ نجا نص المادة ٣٦٥ من المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي على النحو التالي :

١ - إذا فتح الاعتماد لمدة غير معينة ، جاز للبنك إلغاؤه في كل وقت بشرط إخطار المستفيد قبل الميعاد الذي يعينه للإلغاء بعشرة أيام على الأقل .

٢ - ويقع باطلا كل اتفاق يكون موضوعه إعطاء البنك حق إلغاء الاعتماد غير المعين المدة دون إخطار سابق أو بإخطار يتم في ميعاد أقل من الميعاد المنصوص عليه في الفقرة السابقة .

وعلى النحو السابق جاء نص المادة ٣٧٥ من قانون التجارة العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ . وكان قد سبق صدور قانون التجارة العماني صدر قانون التجارة البحريني بموجب المرسوم بقانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ حيث جاء نص المادة ٣١٥ منه مطابقا تقريبا لنص المادة ٣٦٥ من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ مع جعل الحد الأدنى للمدة المعنية لإلغاء موضع التنفيذ خمسة عشر يوما لا عشرة أيام

ومعبرا مع الترجمة السابق جاء نص المادة ٤٢٢ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي على النحو

التالي :

١ - إذا فتح الاعتماد لمدة غير معينة ، جاز للمصرف إلغاؤه في أي وقت بشرط إخطار العميل المستفيد قبل الميعاد المعين للإلغاء بثلاثين يوما على الأقل ، ويقع باطلا كل اتفاق يعطي المصرف حق إلغاء الاعتماد غير المعين المدة دون إخطار سابق أو بإخطار يتم في ميعاد أقل .

ونظرا للخطورة المتمثلة بتجنيب مبالغ معينة لوضعها تحت تصرف العملاء المستفيدين من عقود فتح الاعتمادات ، وما يقتضيه ذلك من تجديد هذه المبالغ من قبل المصرف ، فقد نص البند الثاني من المادة ٢٢ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي على مايلي :

٢ - وفي جميع الأحوال ، يعتبر الاعتماد المفتوح لمدة غير معينة ملغي بانقضاء ستة أشهر من تاريخ تبليغ المستفيد بفتح الاعتماد إذا لم يستعمله مالم يتفق على غير ذلك .

وهكذا ، فإن المصرف في هذه الحالة يستطيع التطل من التزامه في مواجهة المستفيد إذا انقضت ستة أشهر على تبليغ هذا المستفيد بفتح اعتماد محدد المدة دون أن يعمد إلى استعماله بحيث يعتبر العقد منتهيا بحكم القانون وبعدها حاجة لإخطار أو مهلة ، علما بأن هذه القاعدة قاعدة مكملة لا أمرة بحيث يجوز الاتفاق على مايفالها .

المطلب الرابع

مدة الإخطار

تفايرت المواقف التشريعية بالنسبة للمدة اللازمة انقضاؤها . والواقعة بين إخطار العميل بالرغبة في إنهاء الاعتماد . ووضع ذلك الإخطار موضع التنفيذ ، فبينما وجدنا المادة ٦٠ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٤ الفرنسي تترك لتحديد ذلك لاتفاق طرفي عقد الاعتماد مما أثار انتقاد الفقه على النحو الذي سبقت الإشارة إليه ، نجد هذه المدة ثمانية أيام في كل من المغرب وتونس (١) ، وعشرة أيام في كل من الكويت والعراق وعمان (٢) وخمسة عشر يوما في كل من البحرين وليبيا (٣) وثلاثين يوما في دولة الامارات العربية المتحدة (٤) .

أما بالنسبة لموقف القضاء من هذه المسألة ، فقد رأينا القضاء الانجليزي يستلزم لإقفال الاعتماد ضرورة سبق توجيه إخطار معقول reasonable notice (٥) . وفي موضع آخر ، نجد هذا القضاء يترك لتحديد مدة معقولة الإخطار للظروف المحيطة بكل حالة . ففي قضية : Prosperity Ltd. v. lioyd's Bank Ltd (٦) عمده المركز الرئيسي للمصرف في ١٤ فبراير سنة ١٩٢٣ إلى إبلاغ المدعين بأنه سيفلق حسابه معهم اعتبارا من ١٤ مارس من نفس السنة ، فأقام المدعون دعواهم تأسيسا على أن مدة الإخطار غير كافية . فذكر القاضي J. Mc. Cardie في الحكم الصادر بهذه القضية : " إذا لم يوجد عقد خاص ، عندها فإنني أرى أن القانون يلزم المصرف بعدم إغلاق حساب اعتماد بدون إخطار معقول : " If however , there was no special contract then in his (his lordship's) view, it was the law that the bank could not close an account

(١) أنظر الفقرة الثانية من الفصل ٤٧٠ من قانون التجارة المغربي واليبد الثاني من الفصل ٧٠٥ من المجلة التجارية التونسية .

(٢) انظر المراء ٣٦٥ من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ والفترة الثانية من المادة ٣٧٩ من قانون التجارة العراقي والمادة ٣٧٥ من قانون التجارة العماني .

(٣) أنظر المادة ٣١٥ من المرسوم بقانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ وإصدار قانون التجارة البحريني والمادة ٢٢٤ من القانون التجاري الليبي .

(٤) انظر المادة ٤٢٢ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي .

(٥) أنظر : Joachimson v. Swiss Bank corporation (1921) 3.K.B. 110, P. 127

(٦) 39 T. L. R. 372 (1923)

(٧)

(١) . " in credit without reasonable notice "

واستطرد مشيراً إلى أن المعقولة تتحدد وفقاً لظروف كل حالة ووقائعها . فقد يكون الحساب متواضعاً ومخصصاً لسحب شيكات شخصية لأغراض العميل . الأمر الذي لا يستلزم مدة إخطار طويلة ، وقد يستعمل العميل الحساب لتغطية شيكات - بمفرقة المصرف - ينتشر المستفيدون فيها في عدة أجزاء من القارة الأوروبية مما يلقي على عاتق المصرف التزاماً بمدة الإخطار أطول . وتبعاً للاحتمال الأخير ، ونظراً لأن بنك لويديز كان على علم بسعة انتشار الأعمال المخصص لها الحساب في كل أنحاء العالم ، فإن " مدة الشهر لا تعتبر إخطاراً كافياً لأنها لا تعطي المدعي فرصة كافية للتعامل مع الوضع الذي خلقه قرار البنك بإغلاق الحساب one month was not an adequate notice because it did not give the plaintiff a sufficient opportunity of dealing with the position created by the decision of lloyd's Bank to end the account".

وموقف القضاء الإنجليزي هذا قريب من موقف القضاء الفرنسي . ففي حكم لمحكمة باريس (٢) تقرر أنه le temps de : يتعين أن يمنح العميل وقتاً يستطيع خلاله التصرف ليتمكن من احترام توقيعه : prendre toutes dispositions pour que soit honorée sa (r)signature

والمقصود بذلك تمكين العميل من الوفاء بالتزاماته الناشئة عن توقيعه في مواجهة الغير .

وفي حكم آخر لمحكمة اكس تقرر أن معقولة مدة الإخطار متروكة لظروف كل حالة بحيث لا تعتبر المدة القصيرة جداً بمثابة إساءة لاستعمال حق المصرف في وضع نهاية للاعتماد (٤) .

(١) انظر : Chorley & Smart leading cases in the law of banking 6 th edition by P.E. Smart , sweet and Maxwell london 1990, P. 362.

Paris 30 mars 1977, R. T. D. co 1977.

(٢)

(٣) انظر : René Rodière , Jean-louis, Rives- lang , Droit Bancaire op. cit, no 244, P. 319.

Alx 31 mars 1978, R. T. D. co, 1978, 148 .

(٤) انظر :

ونلمس مثل هذا التوجه حتى في القضاء البلجيكي الذي يستلزم مضي مدة إخطار معقولة قبل إلغاء الاعتماد (١) . بل إن هذا القضاء يلزم المصرف - قبل وضع الإنهاء موضع التنفيذ - أن يمنح العميل خطة مجاملة should grant an accomodating procedure لا تتضمن مجرد إخطار مسبق وإنما تتضمن كذلك موجبات guidelines لإصلاح وضع العميل بحيث لا يأتي الإنهاء إلا بعد تعذر تحقيق نتائج مقبولة . وفي رأي هذا القضاء قد تستغرق هذه الحطة مدة شهرين (٢) .

comm . Brussels 12 may 1980 , T . 1980, 693 .

(١)

comm . Liege, 2 june 1983, R . D . C . B. 1984, 70 .

(٢)

المبحث الثالث

الجزء المترتب على إنهاء الاعتماد

تمهيد وتقسيم :

قد يحدث بعد إبرام عقد فتح الاعتماد أن يمتنع المصرف عن تنفيذ تمهده بوضع مبلغ الاعتماد تحت تصرف العميل ، كما قد يحدث أن يتوقف المصرف عن مواصلة تنفيذ العقد بعد البدء في تنفيذه ، ودونما إخلا، مسبق ، فما هو الجزء المترتب على ذلك ؟

كما لا شك فيه أن هذا التصرف يؤدي حتما للمساس بسمعة العميل وللتشكيك بمركزه الائتماني ، مما يذبح الموردين والعلاء إلى التردد في التعامل معه ، ويتمخض بالتالي عن خسائر في الاستغلال قد تؤدي بدورها للتردي في الإفلاس (١) . وهذا بدوره سيتفق عن قيام مسؤولية المصرف تجاه العميل وتجاه الغير ، ويفتح المجال للرجوع على المصرف .

وعلى ذلك ، فسنتناول قيام مسؤولية المصرف في مطلب أول ثم نخصص مطلباً ثانياً لمسألة الرجوع عليه .

(١) أنظر : محمود مختار يبري . المسؤولية التصورية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات . المرجع السابق رقم ١٢٤ صفحة ٢٠٩ .

المطلب الاول

قيام مسؤولية المصرف

من المعلوم أن مسؤولية المصرف لا تقوم مالم يؤد تصرفه إلى الإضرار بالعمل أو بالغير (١) ، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار أن اضطراب أحوال العمل قد ينجم عن أسباب أخرى عدا عن خطأ المصرف كإهمال ذلك العميل أو إدارته السيئة للمشروع (٢) .

ودراسة مسؤولية المصرف تستلزم تناول صاحب الحق في رفع دعوى المسؤولية من جهة ، ثم إثبات الضرر من جهة أخرى وفقا للتفصيل التالي :

صاحب الحق في رفع دعوى المسؤولية :

إذا عمد المصرف بصورة مفاجئة لرفض الوفاء بما يسحبه العميل من أوراق تجارية ، أو رفض تنفيذ أوامره التي خوله الاعتماد إصدارها ، وبقي العميل متماسكا رغم خطأ المصرف ، فإنه يستجمع في شخصه شرطي المصلحة والصفة اللازمين لرفع دعوى المسؤولية على المصرف تأسيسا على الإخلال العقدي .

أما إذا أدى خطأ المصرف إلى توقف العمل عن الدفع ، أو إلى إشهار إفلاسه ، فإن المجال يفتتح لأشخاص آخرين في رفع دعوى المسؤولية على المصرف ، ومن أمثلة هؤلاء :

Ross Cranston, Banks , op. cit , P0 212 .

(١) انظر :

Jack Vézian , la Responsabilité du banquier , op. cit, no 283 p. 202 .

(٢) انظر :

أ - دائن المستفيد من الاعتماد :

فإذا أدى خطأ المصرف لإلحاق ضرر بدائن العميل ، سواء بسبب إنهائه الاعتماد قبل الأجل المتفق عليه ، أم بسبب منحه ائتمانا للعميل دون القيام بالدراسات والتحفظات اللازمة (١) . أم بسبب استمراره في منح الائتمان للعميل لم يعد وفقا للمعايير الموضوعية أهلا للثقة (٢) ، فإن ذلك يخول هذا الدائن رفع دعوى المسؤولية ضد المصرف، إذ يكون بتصرفه ذاك قد خلق مظهرا للثقة أدى لتضليل الآخرين الذين لم يكونوا ليتعاملوا مع العميل لولا ذلك المظهر الزائف (٣) .

ب - كفيل العميل :

لقد استقر القضاء على التسليم بحق الكفيل بالرجوع على المصرف تأسيسا على الإنهاء الخاطيء . لاعتد انطلاقا من أنه مضرور ترتب ضرره كنتيجة مباشرة للإنهاء الخاطيء الذي لولا لما تعرض الكفيل لمتابعته والرجوع عليه بصفته كفيل (٤) . والغالب أن يأخذ هذا الرجوع شكل " الدفع بمسؤولية المصرف " فبهذا لإجراء المقاصة بين التعويض الذي يستحقه هذا الكفيل بسبب ما لحقه من ضرر وبين قيمة الدين الذي يرجع به المصرف عليه في حالة عجز العميل عن الوفاء بديونه المكفولة (٥) .

ج - السنديك :

يعتبر السنديك ذا حق في رفع دعوى المسؤولية في مواجهة المصرف حين يؤدي خطأ الأخير إلى إعلان حالة توقف العميل عن الدفع ويبدأ بالتالي اتخاذ الإجراءات الجماعية نتيجة شهر الإفلاس . فذلك يؤدي لفصل يد

(١) أنظر : عبد المجيد محمد عبيد ، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية ، المرجع السابق صفحة ٢٧٩ .

(٢) That according to objective standards was no longer creditworthy (٢)

Ross Cranston, Banks , op . cit , P. 190 . (٣) أنظر ،

(٤) أنظر : محمود مختار بيري ، المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات ، المرجع السابق رقم ١١٨ صفحة ٢٠٠ .

(٥) أنظر : محمود مختار بيري ، المرجع أعلاه ، رقم ١١٧ صفحة ١٩٧ .

المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها . ومعلوم أن نطاق غل اليد يمتد ليشمل منع المفلس من التقاضي واناطة ذلك بالسنديك باعتباره وكيل الدائنين بحيث لا يبقى للمفلس سوى إمكانية التدخل في الدعاوي التي ترفع على التفليسة (١) . وإذا حدث وتم تجاهل السنديك بحيث لم يختصم في الدعاوي التي ترفع على التفليسة ، فإن الأحكام التي تصدر لا تعتبر نافذة في مواجهة جماعة الدائنين (٢) .

ولكن هل يعتبر السنديك ذا صفة في رفع دعوى المسؤولية التقصيرية على المصرف بوصفه ممثلاً لجماعة الدائنين ؟

لا يملك السنديك هذه الصفة في القانون المصري ، بينما يملكها في القانون الفرنسي (٣) ، حيث أن المشرع المصري يحيد بقاء المبادرة في يد الدائنين ، فضلاً عن أن القضاء المصري لم يسع الصفة على السنديك على النحو الذي اتخذته قضاء النقض الفرنسي في مجال دعوى المسؤولية التقصيرية التي ترفع على المصارف ، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تكتل الدائنين وتفويضهم للسنديك في مقاضاة المصرف إذا تعلق الأمر بضرر جماعي بدلا من تعدد الدعاوي الفردية (٤) .

(١) أنظر : المراد ١٦/٩٩٢ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي و ٣/ ٥٨٢ تجارة كويتي و ٢/٢٩ إفلاس بحريني ، و ٦٠٤ تجارة عماني و ٤٤٣ تجاري لرنسي و ٣/ ٣٢٧ تجارة أردني .

(٢) أنظر : نقض ١٩٥٩/٣/١٩ من ٣٠ س ٢٥ ق . أثار لذلك : أنور طلبة . مجسوة المبادئ القانونية التي قرونها محكمة النقض . المرجع السابق . رقم ٧٤ صفحة ١٢٥ . وأنظر في نفس السياق : طعن رقم ٨٩٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٣/١٣ ، أثار لذلك : عزت عبد القادر ، شرح أحكام المنازعات التجارية . الطبعة الأولى ١٩٩٠ صفحة ٢٤٥ .

(٣) مر ذلك بتطور طول في القانون الفرنسي . حيث تبدل موقف قضاء النقض من التقيض إلى التقيض . ففي البداية تقرر أنه إذا تعلق الأمر بمصلحة جماعة الدائنين وزيادة ضماناتهم العام . فإن الصفة في رفع الدعوى تثبت للسنديك . ثم ظهر اتجاه يقضي بعدم تقويل السنديك صفة رفع الدعوى إذا ظهر المصرف المسؤول ضمن جماعة الدائنين حيث أن بروزه بهجمل من ثمة الدعوى غير ذات طابع جماعي . ثم عاد القضاء وأقر للسنديك بالصفة في رفع دعوى المسؤولية على المصرف حتى لو كان عضوا في جماعة الدائنين . انظر تفصيلا لذلك : محمود مختار بربري . المرجع السابق . الأرقام ٧٢ - ٧٥ ، الصفحات ١١٧ - ١٢٢ .

(٤) أنظر : محمود مختار بربري . المرجع السابق رقم ٨٥ صفحة ١٤٦ .

إثبات الضرر :

يسهل على العميل إثبات الضرر إذا أدى الإنهاء المباغت للاعتماد إلى توقف المشروع عن الدفع وإنهاء أعماله رغم ازدهارها ، كما لو عمد المصرف لقطع الاعتماد فجأة وبمجرد بروز أول أزمة سيولة عابرة يواجهها العميل بما يعد خروجاً على الأعراف المصرفية التي تجري على مؤازرة المصرف لعملائه لتغطي مثل هذه المصاعب العابرة (١) . ويتضح الضرر بجلاء حين يرفض المصرف الوفاء بقيمة ما يملكه العميل من أوراق تجارية أثناء مدة الاعتماد ، حيث أن ذلك يؤدي للمساس بالثقة في العميل من جهة ، كما يؤدي إبقاء الدين التي مؤل العميل على سدادها اعتماداً على ما يتمتع به من اعتمادات مصرفة من جهة أخرى .

أما بالنسبة للغير ، كدائن العميل أو كفيله ، فيلزمه الرجوع على المصرف لإثبات خطأ المصرف والضرر الذي لحقه وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر . ويكون الإثبات سهلاً إذا إقترن الإنهاء بتوقف المشروع وبدء اتخاذ الإجراءات الجماعية (٢) ، إذ يستطيع الدائن بيان ما لحقه من ضرر نتيجة الإنهاء الخاطئ . للاعتماد عن طريق المأذون بكونه في حالة استمرار الدعم المصرفي ، ومركزه في حالة إعلان التوقف عن الدفع وبدء تصفية المشروع كنتيجة مباشرة لذلك الإنهاء ، كما يستطيع مساواة المصرف عن مظهر الملاءة الزائف حتى لو لم يكن عالمياً بوجود الاعتماد (٣) .

هذا ، وتعتبر علاقة السببية قائمة بين الخطأ والضرر إذا توافر أحد الشرطين التاليين (٤) :

(١) أنظر : محبرة مختار بريري . المرجع السابق صفحة ٢٠٩ .

(٢) أنظر : Orléans 26 oct. 1971, J. C.P. 1972- 11- 17082 .

(٣) أنظر محبرة مختار بريري . المرجع السابق رقم ٦٨ صفحة ١١٤ .

Ross Cranston, Banks, op. cit, P. 71.

(٤) أنظر ،

- أ - إذا نجمت الخسارة - طبقا للمجرى العادي للأمر according to the usual course of things - عن الإخلال بعقد الاعتماد ، أو :
- ب - إذا انصرفت إرادة طرفي العقد ، عند إبرامه ، إلى أن هذه الخسارة هي النتيجة المحتملة للإخلال بالعقد .

ولكن تجدر الإشارة الى أن كفيل العميل لا يستطيع أن يؤسس دعواه في مواجهة المصرف استنادا إلى تخطئه الأخير بسبب عدم مبادرته لاستعمال حقه في الإنهاء الذي يخوله إياه عقد فتح الاعتماد ، حيث أن هذه مسألة تتعلق بسلطة تقديرية يستقل المصرف بوصفه دائنا بتقدير إستعمالها (١) .

ويستطيع المصرف من جانبه إثبات انتفاء الضرر ، كما لو أقام الدليل على أن العميل قد تمكن من الحصول على مصدر قويل بديل عقب الإنهاء . مكّنه من مواصلة نشاطه والاحتفاظ بعماله ، أو أقام الدليل على أن دائن العميل المطالب بالتعويض يتحتم بتأمينات تكفل له اقتضاء حقه كاملا عما ينفي الضرر (٢) . ويستطيع المصرف كذلك نفي علاقة السببية بين تصرفه والضرر ، كما لو أثبت أن المشروع الاستثماري يعاني من سوء جهازه الإداري أو رداءة الإنتاج ، وأن هذه العوامل هي الأسباب المؤدية للضرر الذي لحق العميل (٣) . ولكن ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار أن ذلك لا يؤدي حتما لإعفاء المصرف من المسؤولية ، إذ قد يتجاوز خطأ المصرف مع خطأ الدائن (٤) أو خطأ العميل ، الأمر الذي يؤدي فقط للتخفيف من مدى مسؤولية المصرف بحيث تقف هذه المسؤولية عند حدود الضرر الذي يمكن إسناده لخطئه في إنهاء الاعتماد (٥) .

Aix en provence 29 avr. 1979 D.I.R. P.87.

(١) أنظر ،

(٢) أنظر : استئناف باريس ٢٦ ماي ١٩٨١ بته ١٩٨٢ صفحة ٣٨٩ .

(٣) أنظر : نقض تمهاري ٦ مارس ١٩٧٦ - والفرز ١٩٧٩ صفحة ٣٦٤ .

(٤) كما لو كان للمشروع مضطرب الأحوال . وكان بمكة الدائن اكتشاف ذلك بهذا التدار العادي من التحري .

(٥) أنظر : محمّد مختار بهري ، المرجع السابق رقم ٦٨ الصفحات ١١١ - ١١٣

المطلب الثاني

الرجوع على المصرف

يرى البعض أنه إذا لم يكن المصرف محققاً في تصرفه ، سواء بسبب عدم تنفيذه ماسبق له التعهد به ، أو بسبب إخلاله بواجب الحيلة وحسن التقدير ، أو لعسفه في استعمال مكنة الإنهاء ، فإن من الممكن إجباره على التنفيذ العيني ، كما يجوز للعميل المطالبة بفسخ العقد مع الاحتفاظ بحقه في التعويض (١) . وذلك مع ملاحظة ، أن عقد فتح الاعتماد من العقود المستمرة التنفيذ ، فهذا لا ينصرف أثر فسخه الى الماضي وإنما يكون بالنسبة للمستقبل فقط (٢) . وعليه ، فإذا طالب المصرف بفسخ العقد ، فلا يعتبر ذلك تنازلاً منه عن الآثار التي ترتبت له في اضي ولا عن التأمينات التي تقررت لصالحه ضماناً للعقد (٣) .

بينما يرى آخرون (٤) أنه طالما تحمل التزام المصرف في مواجهة العميل بأداء عمل ، فمن المتعين التمييز بين حالتين :

أ - إذا تمسك الاعتماد في صورة التزام بتقديم مبلغ معين من النقود ، فإن من الممكن للعميل المطالبة بتنفيذ

(١) أنظر : أدار عبد ، العقيدة التجارية وعمليات المصارف ، المرجع السابق رقم ٢٠٩ صفحة ٥٧٠ ، وأنظر : حسني المصري ، القانون التجاري ، عمليات البنوك ، القاهرة ١٩٨٧ رقم ٥٤ صفحة ٥٩ .

(٢) أنظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ١٩٥٢ رقم ٦٦ صفحة ١٦٧ ، وأنظر : أحمد باشكي وفتاح الشاع ، القانون التجاري ، المرجع السابق صفحة ٣٦٩ .

(٣) أنظر : غريب الجبال ، المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية القاهرة ١٩٧٨ صفحة ٩١ .

(٤) أنظر : علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المرجع السابق رقم ٣٤٥ ، الصفحات ٢٤٥-٢٤٦ ، وأنظر رزق الله انطاكي ، الحسابات والاعتمادات المصرفية ، المرجع السابق رقم ١٢٣ صفحة ٢٤٦ حيث يرى أن للضرورة حق المطالبة بالتعويض فقط .

٢ - يختلف مقدار التعويض حسب الظروف المحيطة بالإتهاء، كما لو أتى بصورة مفاجئة أو عشية يوم استحقاق دين مثلاً (١) . والواقع أن التعويض عن الإتهاء المفاجئ Anticipatory repudiation قد يكون عالياً جداً ، ففي قضية : Federal Deposit Insurance Corp V . Scharenderg 49 Banking Rpter . 349(US Dist.ct.DFla 1987) التي أدمى فيها المصرف أن العميل لن يكون قادراً على مواجهة ظروف معينة ، وبناء على ذلك أنهى الاعتماد ، حصل العميل على تعويض مقداره ١٠٥ مليون دولار نتيجة الإخلال بعقد فتح الاعتماد .

وفي قضية Renthouse International limited v. Dominion Federal Savings & Loan Association 665 Supp. 301 (S.D.N.Y. 1987) تقرر حصول العميل على تعويض يتجاوز ١٢٩ مليون دولار ، إذا كان قد سبق ل Dominion التمهيد بوضع مبلغ ٦٠ مليون دولار تحت تصرف العميل ، ويعدّها بدأً بإطال ويختلق شروطاً بعيدة عن عقد فتح الاعتماد ، حيث طالب في البداية بوجوب إعادة كتابة كافة المستندات عن طريق مستشارية القانونيين وعلى نفقة العميل ، ثم طالب العميل بوجوب استبدال مستشاريه القانونيين وبدأً يختلق مطالبات لانهاية لها unending requests ، كما أصر Dominion أن يكون هو الأول في لائحة المقرضين (٢) ، وبناءً على سابق ، وتأسيساً على هذه المطالب غير المبررة قررت المحكمة أن Dominion ملزم بالإتهاء المفاجئ . لتمهده (٣) .

(١) أنظر : روث الله انطاكي ، الحسابات والاعتمادات المصرفية ، المربع السابق رقم ١٢٢ صفحة ٢٦٤ .

Dominion also insisted that it be made lead lender

(٢)

Ross Cranston, Banks , op. cit , p. 213.

(٣) أنظر :

٣ - حيث أن التزام المصرف بالتزام بأداء عمل ، وليس التزاما بدفع مبلغ معين من النقود - حتى لو تجسد الاعتماد في صورة تقديم مبلغ نقدي - فإن التعويض الذي يحكم به لا يقتصر على الفوائد التأخيرية بل يشمل كل الضرر طبقا لقواعد المسؤولية العقدية (١) .

هذا . ويمكن المطالبة بالتعويض دون حاجة إلى إنذار سابق للمصرف حيث أنه يعتبر معذرا بمجرد طلب المستفيد إليه تنفيذ الاعتماد ، لأن طمأنينة المستفيد إلى حصوله على وسائل الاعتماد فور طلبه غاية جوهرية في العقد ، فيكون التنفيذ المتأخر غير منتج بحسب مفهوم العقد . وكذلك من باب أولى إذا كان التنفيذ غير منتج بالفعل لفترات الفرض المقصود . كما لو كان الاعتماد مفتوحا لتمويل عملية محددة لها فترة معينة وانقضت (٢) .

٤ - يقدر التعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية عن طريق وضع المضرور بالحالة التي كان سيكون عليها فيما لو لم يقع الخطأ (٣) ، أما في نطاق المسؤولية العقدية ، فتقديره أكثر تعقيدا ، ولكن من المتفق عليه أنه يغطي الحسارة اللاحقة (والتي قد تشمل في خسائر الاستغلال الناجمة عن توقف المشروع نتيجة الإنهاء المفاجيء للاعتماد) كما يغطي الكسب الفائت وذلك حين يثبت أن المشروع كان يتقرب إبرام صفقات معتمدا على مايمتع به من إئتمان مصرفي (٤) ، فيعمل الإنهاء على تفويت فرصة الكسب الذي كان مؤملا لتحقيقه (٥) . وغني عن القول إن تفويت الفرصة

(١) أنظر : علي جمال الدين عروص ، عمليات البنوك من الزبيلة القانونية ، المرجع السابق رقم ٤٢٤ صفحة ٢٤٥ .

(٢) أنظر : علي جمال الدين عروص ، المرجع أعلاه رقم ٤٢٥ صفحة ٢٤٦ . خلا ونقضي المادة ٢٨٨/أ من قانون المعاملات المدنية الاسرائيلي بأن لا ضرورة لإخطار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين .

Placing the victim of the tort in the position he would have been had the tort not been committed.

(٤) أنظر : نقض إسرائيل ١٩٨٠ والمزيد لاستئناف اكس في ٣١ مارس ١٩٧٨ .

(٥) أنظر : محمودة مختار ميري . المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات . المرجع السابق رقم ١٣١ صفحة ٢١٩ .

يستحق التعويض (١) ، ولا يقبل الادعاء هنا بأن الضرر مجرد أمل لا يرقى إلى مرتبة الحق المؤكد ، حيث أنه إذا كانت الفرصة أملا محتملا ، فإن تفويتها يعد أمرا محققا (٢) . وقد جرى القضاء المصري على التعويض عن تفويت فرصة النجاح في الامتحان (٣) . والتعويض عن تفويت الفرصة في كسب دعوى الشفعة ، والتعويض عن تفويت المرفط الفرصة في الترقية لدرجة أعلى . ولكن نجد الإشارة إلى أن من المتفق عليه عند تقدير التعويض أن يأخذ القاضي بالأحوط وأن يتوقى المبالغة في تقدير الاحتمال بنجاح الفرصة .

ومع ذلك ، فيجب أن لا يصبح العميل في وضع أفضل من حاله فيما لو لم يحدث إخلال بالعقد ، الأمر الذي يستلزم أحيانا أن يخسر هذا العميل - في نطاق المسؤولية العقدية - بين الحصول على الكسب الفائت Lost profit أو على الاتفاق الضائع (٤) wasted expenditure . فإذا حدث وأنهى المصرف الاعتماد وكان العميل قادرا على الحصول على اعتماد بدله بفائدة أقل ، فعندها لا يمكنه المطالبة إلا بالاتفاق الضائع ، أما إذا كانت الفائدة أعلى ، فإن بإمكانه المطالبة بالفرق بين الفوائد الحالية والفوائد السابقة وإذا لم يكن العميل قادرا على الحصول على اعتماد بدله فإنه يكون مخفولا بالحصول على تعويض عن كاذب الأضرار الناجمة عن إنهاء الاعتماد بما في ذلك الأضرار الناجمة عن الإخلال بتعاقد مع الغير وخسارته الاقتصادية economic loss التي لا مجال للتعويض عنها في نطاق المسؤولية التقصيرية (٥) .

(١) أنظر : عبد الرزاق السنهوري ، الراسخ في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام الطبعة الثانية بيروت ١٩٧٢ وم ٥٧٩ ص ٩٧٩ .

(٢) نقض مدني مصري في ١٣ نوفمبر ١٩٥٨ مجسدة أحكام النقض ، السنة التاسعة رقم ٨٨ صفحة ٦٨٤ .

(٣) مصر الكلية الرطبة في ٢٣ نوفمبر ١٩٣١ المراجعة القضائية ٥٣ صفحة ٤٩ .

(٤) أنظر : (1985) Q.B.16(C.A.) . C . C . C. Films (London) ltd . V. Impact Quadrant Films ltd .

(٥) أنظر : Ross Cranston, Banks , op. cit, p. 72 .

٥ - تقف مسؤولية المصرف عند حد الضرر المباشر بحيث يتم التعويض عنه ، ولا تتجاوز ذلك إلى الضرر غير المباشر - لا بالنسبة للمسؤولية العقدية ولا بالنسبة للمسؤولية التقصيرية - . هذا ويكون الضرر مباشراً إذا كان نتيجة طبيعية للخطأ أو الإخلال الذي أحدثه ، وهو يكون كذلك إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه بهذا جهد معقول (١) .

ومع ذلك ، ففي نطاق المسؤولية التقصيرية يعرض عن كل ضرر متوقعا *previsible* أو غير متوقع *imprevisible* ، في حين لا يعرض - في نطاق المسؤولية العقدية - إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسمي (٢) .

٦ - ولكن هل يستطيع العميل فاتح ، لا اعتماد المطالبة بالتعويض عن الأذى الماطفي *emotional distress* الناجم عن إخلال المصرف بتعاقدته معه ؟

كان القانون الفرنسي القديم يميز التعويض عن هذا الضرر باعتباره نوعاً من الضرر الأدبي إلا أنه كان يقصر ذلك على المسؤولية التقصيرية دون العقدية توهماً منه أن هذا هو حكم القانون الروماني ، في حين أن القانون الأخير لم يفرق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية بهذا الصدد . أما في الوقت الحاضر فإن نصوص التقنين الفرنسي في عمومها وإطلاقها تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبي بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادي ، وقد أقر القضاء الفرنسي هذا المبدأ منذ عهد طويل . وانقسم الفقه الفرنسي بأدى الأمر بهذا الخصوص ، إلا

(١) أنظر : السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام طبعة بيروت . المرجع السابق رقم ٦١٠ صفحة ١٠٢٣ .

(٢) أنظر : السنهوري ، المرجع أعلاه رقم ٤٥٦ صفحة ٧٦٨ .

أن جمهور الفقهاء الفرنسيين في العهد الأخير يقول بجواز التعويض عن الضرر الأدبي .

وفي مصر ، إستقر الفقه والقضاء على جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، وقد تأكد ذلك بموجب المادة ٢٢٢ من القانون المدني ، وعلى هذا النحو سارت التشريعات الحديثة (١) .

وفي إنجلترا ، لا يستطيع العميل فاع الاعتماد المطالبة بالتعويض عن الأذى العاطفي الناجم عن إخلال المصرف بعقد فتح الاعتماد ، وذلك خلافا لما عليه الحال في الولايات المتحدة الأمريكية . فالحاكم الانجليزية تميز بين العقود المتعلقة بالراحة أو المتعة Comfort or pleasure والعقود التي تستهدف الربح contracts for profit حيث تقر مثل هذا التعويض بالنسبة لطائفة العقود الأولى دون الثانية : Hayes v. James E Charles Dodd (1990) (٢) وهذا مايجري عليه العمل بالنسبة للمسؤولية التصيرية أيضا حيث يسمح القانون الانجليزي بالتعويض عن الصدمة العصبية nervous shock دون الأذى العاطفي : emotional distress : (٣) (Mc. Loughlin v. O'Brian (1983) (٣) .

(٣) أنظر المراء ٢٩٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي و ٤٧ التزامات سريري و ١٣٤ مبيعات وعقود لنتني

وأنظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام ، طبعة بيروت . المرجع السابق رقم ٥٧٨ صفحة ٩٨٢ ومايلحقها .

2 All E.R. 815 at p. 824 .

(٢)

1 A.C. 410 (H.L. " E.>)

(٣)

٧ - وأخيراً ، ماهو الحكم بالنسبة للتعويضات الرادعة : Punitive damages?

التعويضات الرادعة عبارة عن مبالغ تقررها المحاكم كتعويضات إلا أنها لا تتناسب مع الخسارة المادية التي تلحق المضرور ، وتلجأ المحاكم لإقرارها لا مجرد جبر الضرر وإنما بهدف معاقبة الجاني عن فعل إرتكبه بسوء نية بقصد الإساءة لذلك الجاني . وتسمى هذه التعويضات أحيانا بالتعويضات المثالبية Exemplary damages حيث أن المقصود منها أن تجعل من الجاني مثالا وعبرة يتعظ بها الغير (١) .

بالنسبة للشريعة اللاتينية هنالك مبدأ هام يقضي بأن التعويض مقياسه الضرر المباشر الذي يصيب المضرور ، فسواء كان الضرر ماديا أو أدبيا ، وسواء كان متوقعا أو غير متوقع ، وسواء كان حالا أو مستقبلا مادام محققا ، فإن التعويض يدور مع هذا الضرر وجروا وعدماء بل ومدى .

والأصل أنه لا ينظر إلى جسامه الخطأ الذي صدر من المسؤول عند تقدير التعويض ، فإذا تحققت المسؤولية قدر التعويض بقدر جسامه الضرر لا بقدر جسامه الخطأ ، ومن هنا كان مبنى فصل التعويض المدني عن العقوبة الجنائية ، فالتعويض المدني شيء موضوعي لا يراعى فيه إلا الضرر ، أما العقوبة الجنائية ، قسوى ذاتي تراعى فيه جسامه الخطأ . ولكن القضاء يدخل في اعتباره جسامه الخطأ عند تقدير التعويض ، وهذا شعور طبيعي يستولي على القاضي ، فما دام موكولا إليه تقدير مبلغ التعويض فإنه يميل إلى الزيادة فيه إذا كان الخطأ جسيما وإلى التخفيف منه إذا كان الخطأ يسيرا (٢) .

(١) أنظر : نبيه لطفي ، معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال ، مكتبة لبنان ، الطبعة الأولى ، بيروت ١٩٨٨ صفحة ٤٤٤

(٢) أنظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، طبعة بيروت ، المرجع السابق رقم ٦٤٨ صفحة

وفيما يتعلق بمسؤولية المصرف فأنح الاعتماد عن التعويضات الرادعة . فإن القانون الأمريكي يختلف عن القانون الانجليزي . ففي أمريكا يمكن أن يقرر المحلفون مبالغ ضخمة كتعويضات رادعة . ففي قضية Krusel Jewel v Bank of America (١) استحق العميل تعويضا مقداره ٢٦ مليون دولار منها تسعة ملايين دولار اعتبرت بمثابة تعويضات رادعة

ويلجأ المحلفون في العادة لإقرار مثل هذه التعويضات عندما يتبين لهم أن تصرف المصرف فأنح الاعتماد يستحق اللوم reprehensible وأنه يهت على خلق شعور جدير بالازدراء لدى المحلفين . ومع ذلك، فمن المتعين أن يؤخذ بعين الاعتبار أن القضاء - حتى في أمريكا - يضمن في إقرار مثل هذه التعويضات بمناسبة الإخلال بالاعتمادات المصرفية نظرا لأن حق العميل فأنح الاعتماد إنما ينصب في الغالب على تلقي تعويض عن خسارة حقيقية actual loss . ولكن إذا حدث وارتكب المصرف غشا أو خداعا خطيرا جدا a very serious fraud أدى للإضرار التجاري الجسمم بالعمل كما حدث في قضية: State National Bank of EL Paso v. Farah Manufacturing (٢) فأنه يمكن الحكم بتعويضات رادعة .

أما في إنجلترا . فلا مجال للحكم بتعويضات رادعة كجزءا على الإخلال بالمسؤولية المقعدة . وإنما مجال ذلك هو المسؤولية التقصيرية (٣) وخاصة قضايا القذف والشهير Defamation cases هذا من جانب . ومن جانب آخر . فإن قضايا الاعتمادات المصرفية تنظر في إنجلترا أمام قاض منفرد لا أمام محلفين

201 Cal. App. 3d 453 (1988) .

(١)

678 S.W. 2 d 661 Tex . App. 1984 .

(٢)

Addison v. Gramophone co ltd (1909) 19 A.C.488

(٣) انظر

الخلاصة

يثير لجوء المصرف لإنهاء الاعتماد إشكالات عدة تنعكس آثارها على العميل من جهة وعلى الغير المتعامل مع العميل من جهة أخرى ، ومن هنا استحوذت هذه المسألة على اهتمام بالغ من جانب الفقه والقضاء والتشريع في الدول المختلفة ، وانصب الاهتمام على مدى حق المصرف في الإنهاء من جانب وعلى الآثار المترتبة على تصرف المصرف من جانب آخر .

وفيما يتعلق بحق المصرف في إنهاء الاعتمادات المصرفية يمكن تلخيص مالمستقر عليه العمل بالتالي :

١ - إذا كان الاعتماد محدد المدة أو مرتبطاً بعملية لها أجل ، فمن التعمين على المصرف احترام تعهده وعدم إنهاء الاعتماد إلا بحلول الأجل أو بانتهاء مدة العملية .

ومع ذلك ، فيبقى للمصرف حق الإنهاء تطبيقاً للقواعد العامة التي تحكم العقود الملزمة لجانبين ، كما لو لم يعمد العميل لتقديم الضمانات التي سبق له التعهد بتقديدها ، أو إرتكب ذلك العميل خطأ في استخدام الاعتماد المفتوح لصالحه وخرج به عما خصص له طبقاً للمقد .

وعلاوة على ما سبق فإن المصرف يملك إنهاء هذا الاعتماد في عدة أحوال منها :

أ - إذا تحقق أي من الأحوال المنصوص عليها في العقد والتي تخول المصرف حق الإنهاء . كتوقف نشاط العميل وقبوله لكيميائية معاملة والاخلال بشرط الإخلاص .

وعلى الرغم من أن ذلك لا يعدو كونه تطبيقاً لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" إلا أن وظيفة المصارف في توزيع الائتمان ، وارتباط نشاطها بالمصلحة العامة ، وتجاوز آثار قراراتها إلى الغير بل إلى الاقتصاد القومي ، مما جعل البعض على إسباغ وصف " المرافق العامة " عليها ، كل ذلك يجعل من الرابطة العقدية بين المصرف والمعميل غير خاضعة خضوعاً حقيقياً لمفهوم "العقد شريعة المتعاقدين" الأمر الذي يحتم إخضاع الشروط التي يتضمنها عقد فتح الاعتماد لرقابة القضاء ، ويستتبع عدم التسليم بإطلاق هذه الشروط حتى لو كانت صياغتها تحصل معنى الإطلاق .

وتجدر الإشارة هنا ، إلى أن من المسلم به في الوقت الحاضر - فقها وقضاء وتشريعاً - عدم جواز تضمين العقد شرطاً بخول المصرف إنهاء الاعتماد بإرادته المنفردة ، فإذا حدث ذلك ، اعتبر هذا الشرط شرطاً إرادياً محضاً ، وبالتالي باطلاً ، لأنه يجعل قيام الالتزام رهناً بإرادة أو مشيئة المدين وهو المصرف .

ب - إذا اختلف توازن الاعتبارات أو العناصر الشخصية للمعميل ولم يكن الاعتماد مشروطاً لحساب الغير ، فعقد فتح الاعتماد من العقود التي يراعى فيه الاعتبار الشخصي ، إذ أن كلمة *credit* الفرنسية مشتقة من كلمة *credre* اللاتينية التي تعني " الثقة والاطمئنان " فإذا حدث ما يخل بالجدارة لنيل الاعتماد *la dignite de credit* فإن المصرف يخل بإبنائه ، ويتحقق ذلك عادة عند فقدان أهلية المعميل أو وفاته إذا كان شخصاً طبيعياً وعند حل الشركة أو تصفيتها أو تحولها إلى شكل آخر إذا كان المعميل شخصاً معنوياً .

وواقع الأمر ، أنه ينبغي التمييز دائماً بين الأسباب التي تؤدي للإخلال بالجدارة لنيل الاعتماد ، فإذا تعلق هذه الأسباب بطرف خارجة عن شخص المعميل كالإلزامات الاقتصادية ، فالأصل أنها لا تخول المصرف تعليق الاعتماد أو إنهاؤه مالم تكنسب وصف " القوة القاهرة " أو تفتح الباب لتطبيق نظرية " الظروف الطارئة " . أما إن تعلق تلك الأسباب بالنشاط الشخصي للمعميل كسحب كمبيالات المجاملة ، فإن تصرف المصرف بإبنائه .

الاعتماد أو تعليقه يكون مبررا . ومع ذلك ، يبقى المصرف متحملا على الدوام بحجب إقامة الدليل على قيام الأسباب التي تؤدي للإخلال بالمجدارة لنيل الاعتماد ، وتبقى للقضاء سلطة تقدير جدية تلك الأسباب .

٢ - إذا كان الاعتماد غير محدد المدة فالأصل أن أيا من أطرافه يمكنه إنهاؤه بإرادته المنفردة وذلك تطبيقا للقاعدة التي تحكم العقود المستمرة ، حيث أن القول بغير ذلك يتنافى مع خصوصية هذه العقود ويجعل الالتزامات فيها ذات طبيعة دائمة . وعليه ، فالأصل أن المصرف يستطيع إنهاء الاعتماد غير محدد المدة دون أن يخشى قيام مسؤوليته العقدية في مواجهة العميل أو قيام مسؤوليته التقصيرية في مواجهة الغير . ولكن هل يعتبر حق المصرف في إنهاء هذا الاعتماد أو تعليقه حقا مطلقا أم أنه حق مقيد بضرورة عمل إخطار أو إشعار مسبق ؟

لقد احتلت هذه المسألة جانبا كبيرا من اهتمام الفقه والقضاء والتشريع ولها للتفصيل التالي:

فيما بالنسبة للفقه يلاحظ أنه مجمع على ضرورة أن يراعي المصرف أعلى درجات اليقظة عند اتخاذ قراره بإنهاء الاعتماد ، إلا أن بعض الفقهاء يجيز للمصرف إنهاء الاعتماد بدون إخطار مسبق ، ولا يرى في تصرفه هذا اختلافا بالتزام عقدي . وذلك تأسيسا على أن معنى فتح الاعتماد هو توافر الثقة في العميل التي هي سبب التزام المصرف ، فتعرض هذه الثقة لما يهزها أثناء مدة الاعتماد بخلاف المصرف إنهاء « بدون إخطار » ويرد أصحاب هذا الرأي بأن التزام المصرف بعمل إخطار ذي مدة سيدفع العميل لسحب أقصى ما يستطيع سحبه من مبالغ أثناء مدة الإخطار بحيث يكون إنهاء الاعتماد بإنتهائها تلك المدة غير ذي جدوى . بينما ترى غالبية الفقهاء ضرورة قيام المصرف بعمل إخطار مسبق باعتباره ذلك واحدا من المبادئ الهامة التي تطبق على العقود المستمرة غير محددة المدة ، ووصولا للتخفيف من الصعوبات التي تنتج عن الإنهاء الفجائي للاعتماد ، وأخلا بالاعتبار وظيفة المصرف في توزيع الائتمان وخلقه ، وضرورة عدم اكتفاء المصرف بوزن مصالحه الذاتية فقط وترد هذه الغالبية على تخوف الفريق الأول المتعلق باحتمال قيام العميل بسحب ما يستطيع سحبه أثناء مدة

الإخطار بحيث يكون إنها . الاعتماد بانتهاء تلك المدة غير ذي جدوى ، بأن مثل هذه الخطورة تشكل خصيصة من خصائص الاعتماد ، إذ أنه والمخاطر صئوان ، فلا اعتماد بلا مخاطر سواء كانت عامة كالحروب أم خاصة بالعمل ذاته . وقد انتهى أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن الإخطار المسبق يستمد أصوله من الالتزام العام بالحيلة Prudence المفروض على كل من طرفي العقد وخاصة إذا كان هذا الطرف محترفا كالمصرف .

أما بالنسبة للقضاء ، فعلى الرغم من أن بعض أحكام القضاء الفرنسي لا تعتبر التقيد بعمل إشعار أو إخطار مسبق بمثابة التزام عقدي ، إلا أنها ترى ضرورة استناد المصرف لأسباب جدية حين يعمد لإنهاء الاعتماد فجأة brusquement ، وإلا اعتبر متعسفا في استعمال حقه . وبالتالي قام التزامه بالتعويض في مواجهة العميل أو الغير المضروبين . وتذهب أحكام أخرى في هذا القضاء إلى أن الإعفاء من الإخطار المسبق لا يكون إلا في الأحوال الاستثنائية التي تلقى تبريرها في السلوك الملموس للعميل فانه الاعتماد . وتتحو أحكام القضاء في المهلترا وأمريكا نفس المنحى إذ تحظر على المصرف سحب الاعتماد بدون توجيه إخطار معقول without Reasonable notice وهو نفس الموقف الذي اتخذته المحكمة الاتحادية العليا في أبوطي حيث ألزمت المصرف فانه الاعتماد بتعويض العميل عن الأضرار التي لحقت به كنتيجة للوقف الفجائي للتسهيلات الممنوحة له .

أما بالنسبة للتشريعات ، فالملحوظ أنها قد هجرت الموقف القديم الذي ساد في ظل سيطرة مبدأ سلطان الإرادة ، والذي كان يعطي الحق للمصرف في التحلل من التزامه دونما حاجة لإخطار مسبق أو تحديد فترة زمنية معينة توضع نهاية للاعتماد بانقضائها . وأصبحت تستلزم توجيه مثل هذا الإخطار ، وتعتبر كل اتفاق يكون موضوعه إعطاء المصرف حق إلغاء الاعتماد غير معين المدة دون إخطار مسبق أو بإخطار يعمل في ميعاد أقل مما هو منصوص عليه باطلا ، فعلى هذا النحو سارت التشريعات في كل من العراق والمغرب وتونس وليبيا والكويت وعمان والبحرين ومشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي وفرنسا . وذلك مع التخفيف على موقف المشرع الفرنسي الذي لم يستلزم تحديد مدة معينة ينبغي انقضاؤها حتى يوضع الإنهاء موضع التنفيذ

كما قد يسمح بتلاعب المصارف عن طريق تضمين عقود فتح الاعتمادات مهلا وجيزة جدا تجعل من المدة أمرا صوريا . ومن جانب آخر ، فإن المشرع الفرنسي قد قصر وجوب توجيه الإخطار على حالة عدم وجود خطأ جسيم من جانب العميل ، مما يفتح بابا واسعا للتهرب قد يؤدي لإفراغ التزام المصرف بوجوب عمل الإخطار من مضمونه .

وفيما يتعلق بالآثار المترتبة على إنهاء الاعتمادات المصرفية ، فإن امتناع المصرف عن تنفيذ تعهده أو توقفه عن الاستمرار فيه يؤدي حتما للمساس بالعمل والإضرار به وبالفير مما يفتق عن قيام مسؤولية المصرف ويفتح المجال للرجوع عليه .

والواقع ان مسؤولية المصرف قد تقوم في مواجهة العميل ذاته أو في مواجهة دائنه أو في مواجهة كفيله أو في مواجهة السنديك بحيث يمكن لأي من هؤلاء مباشرة دعوى المسؤولية قبل المصرف ، وذلك مع تحفظ القانون المصري - دون الفرنسي - على حق السنديك في رفع دعوى المسؤولية التقصيرية على المصرف بوصفه ممثلا لجماعة الدائنين حيث أن المشرع المصري يفضل بقاء هذه المبادرة في يد الدائنين .

وغني عن القول إن مسؤولية المصرف لا تقوم ما لم يتم إثبات الضرر وقيام علاقة السببية بين تصرف المصرف والضرر الناجم عنه ، علما بأن المصرف يستطيع من جانبه إثبات انتفاء الضرر ، ونفي علاقة السببية بين تصرفه والضرر ، أو إثبات مساهمة العميل في إحداث الضرر بحيث يتجاوز خطأ المصرف مع خطأ العميل ، وعندها تقف مسؤولية المصرف عند حدود الضرر الذي يمكن إسناده لحظته في إنهاء الاعتماد .

أما بالنسبة للرجوع على المصرف فغالبا ما يتخذ صيغة المطالبة بالتعويض ، وإذا تجاوزنا القواعد العامة المتعلقة بالتعويض فيمكن الإشارة للمسائل التالية اللصيقة الصلة بالتعويض عن إنهاء الاعتمادات المصرفية :

١ - يختلف مقدار التعويض تبعاً للظروف المحيطة بالإتهام ، فهو يكون كبيراً حين يأتي بصورة مفاجئة أو عشية يوم اسحقاق دين مثلاً ، وعلى العموم ، فقد جرت المحاكم الأمريكية على تقرير تعويضات عالية جداً عن الإتهام المفاجئ ، للاعتمادات .

٢ - يقدر التعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية عن طريق وضع المضرور بالحالة التي كان سيكون عليها فيما لو لم يقع خطأ ، أما في نطاق المسؤولية العقدية ، فمن المعلوم أنه يغطي الخسارة اللاحقة والكسب الفائت بما في ذلك تفويت الفرص على العميل قاتع الاعتماد .

٣ - فيما يتعلق بالتعويض عن الأذى العاطفي Emotional distress الناجم عن إخلال المصرف بالتزامه المترتب عن عقد فتح الاعتماد ، فإن ذلك مسلم به في فرنسا ومصر وأمريكا باعتباره نوعاً من الضرر الأدبي . أما في إنجلترا ، فإن المحاكم تميز في هذا الصدد بين العقود المتعلقة بالراحة والمتعة ، وتلك التي تستهدف الربح بحيث لا ترقى مثل هذا التعويض إلا بالنسبة لطائفة العقود الأولى .

٤ - فيما يتعلق بالتعويضات الرادعة Punitive damages أو العقابية Exemplary damages وهي عبارة عن مبالغ تقررها المحاكم كتعويضات بقصد معاقبة الجاني وبمنهية يكون مثلاً وعبرة لغيره ، إلا أنها لا تتناسب مع الخسائر المادية التي تلحق المضرور ، فقد جرى العمل في أمريكا على قيام المحلفين بتقريرها عندما يتبين لهم أن تصرف المصرف قاتع الاعتماد يستحق التوبيخ ويبحث علو شعور جدير بالازدراء لديهم . ولكن لا مجال لمثل هذه التعويضات في إنجلترا كجزءاً على الإخلال بالمسؤولية العقدية وإنما مجالها فقط هو المسؤولية التقصيرية وخاصة في قضايا القتل والشهير ، علماً بأن قضايا الاعتمادات المصرفية تنظر في إنجلترا أمام قاض منفرد لا أمام محلفين .

المراجع العربية

- ١ - إبراهيم رضوان العبادة ، الجهاز المصرفي والمالي في الكويت ، دار الوطن للصحافة والطباعة والنشر ، يناير سنة ١٩٨٠ .
- ٢ - أدوار عيد ، العقود التجارية وعمليات المصارف ، بيروت ١٩٦٨ .
- ٣ - أكرم ياملكي وفائق الشماخ ، القانون التجاري ، منشورات جامعة بغداد ١٩٨٠ .
- ٤ - الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، الجزء الثالث ، عمليات المصارف الطبعة الأولى ، بيروت سنة ١٩٨٣ .
- ٥ - أنور طلبة ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ، الجزء الخامس ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ١٩٨٤ .
- ٦ - أنور طلبة ، التعليق على نصوص القانون المدني ، الجزء الأول ، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية بدون تاريخ .
- ٧ - جعفر الجزار ، العمليات البنكية مبسطة ومفصلة ، دار التفائس ، بيروت الطبعة الأولى ١٩٨٥ .
- ٨ - حسني المصري ، القانون التجاري ، عمليات البنوك ، القاهرة ١٩٨٧ .
- ٩ - حياة شحاته ، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية مع إشارة خاصة لمصر ، القاهرة ١٩٩٠ .
- ١٠ - رزق الله انطاكي ، الحسابات والاعتمادات المصرفية ، دار الفكر ١٩٦٩ .
- ١١ - سامي خليل ، النقد والبنوك ، شركة كاظمة للنشر والترجمة والتوزيع ، الكويت ١٩٨٢ .
- ١٢ - سميحة القليوبي ، الموجز في القانون التجاري ، الأوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٨ .
- ١٣ - شكري أحمد السباعي ، الوسيط في قانون التجارة المغربي والمقارن ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، الرباط ١٩٨٨ .

- ١٤ - عبد الحمي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٢ .
- ١٥ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الطبعة الثانية ، بيروت ١٩٧٣ .
- ١٦ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات المصرية القاهرة ١٩٥٢ .
- ١٧ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (٣) نظرية الالتزام بوجه عام ، دار إحياء التراث العربي ١٩٥٨ .
- ١٨ - عبد المجيد محمد عبودة ، اله 'ام البنكي في المملكة العربية السعودية ، معهد الإدارة العامة ١٤٠٦ هـ .
- ١٩ - عزت عبد القادر ، شرح أحكام المنازعات التجارية ، الطبعة الأولى ١٩٩٠ .
- ٢٠ - علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، منشأة المعارف بالاسكندرية بدون تاريخ .
- ٢١ - علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٨ .
- ٢٢ - غريب الجمال ، المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الاسلامية ، القاهرة ١٩٧٨ .
- ٢٣ - فابيا وصفا في شرح قانون التجارة ، الطبعة الثانية ، بيروت .
- ٢٤ - فريد الصلح ومرويس نصر ، المصرف والأعمال المصرفية ، الأهلية للنشر والتوزيع ، بيروت ١٩٨٩ .
- ٢٥ - محمد حسني عباس ، عمليات البنوك ، القاهرة ١٩٧٢ م .
- ٢٦ - محمود محمد أحمد الرزاق ، محاضرات في النقود والبنوك ، مكتبة القاهرة الحديثة ١٩٧٤ .
- ٢٧ - محمود مختار بهري ، المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات ، دار الفكر العربي القاهرة ١٩٨٦ .

- ٢٨ - محي الدين اسماعيل علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، الجزء الثاني، القاهرة ١٩٨٧ .
- ٢٩ - معرض عبد التواب ، مدونة القانون المدني ، الجزء الأول ، منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٨٧ .
- ٣٠ - مصطفى كمال طه ، القانون التجاري : الأوراق التجارية ، العقود التجارية ، عمليات البنوك والإفلاس ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ١٩٨٦ م .
- ٣١ - نبيه غطاس ، معجم مصطلحات الاقتصاد والمالية وإدارة الأعمال ، مكتبة لبنان ، الطبعة الأولى ، بيروت ١٩٨٠ .

المراجع الأجنبية

- 1 - Anthony Saunders, Gregory F. Udell, Lawrence J. white, Bank : Management and Regulation, California 1992.
- 2 - Bach , De L'ouverture du crédit, thèse , paris 1982.
- 3 - Cabrillac et Teyssi, Revue trimestrielle de droit commercial , no 40 1984, Banques et operation du banque.
- 4 - Charle Gide , Principles of Political economy London 1930.
- 5 - Chorley & Smart , Leading cases in the Law of banking , 6 th ed . by P.E. Smart Sweet and Maxwell, London 1990.
- 6 - Christian Gavalda, Responsabilité Professionnelle du banquier, paris , 1978.
- 7 - Christian Gavalda et Jean Soufflet , Droit de la Banque, paris 1974.
- 8 - Christian Gavalda et Jean Soufflet, La Loi Bancaire du 24 Janvier, Juris-classeur-périodique, 1985.
- 9 - Day and Beza, Money and Income , N. Y . oxford university press 1960.
- 10 - Hamel, Lagarde et Jauffret, Traité de Droit Commercial, T. 2, Dalloz, 1966.
- 11 - Henrion et Simonet, les aspects juridiques et économiques du crédit à court terme, Bruxelles 1960.
- 12 - Holden, the law and Practice of Banking, part , 1,3 rd édit ion , London 1980.
- 13 - J . Azema , la durée des contrats, successifs, thèse lyon 1969.
- 14 - Jack vézian , la responsabilité du banquier en droit privé français, troisième édition , paris 1983.
- 15 - Jean Bousquet L'entreprise et les banques, librairies techniques 1977.
- 16 - John Cochran, Money , Banking and Economy , London 1975.

- 17 - Marty et Raynaud, Droit civil, T 2 19 62.
- 18 - Michel Vasseurs , Banquier en 1983 (2) Banque 1983.
- 19 - Renè Rodière Jean- louis, Rivès- Lang, Droit Bancaire troisième édition, paris 1980.
- 20 - Ripert et Robolt, traité élémentaire de droit commercial, t. 1. Paris 1972.
- 21 - Ross Cranston, Banks: Liability and Risk, Lloyd's of London press 1990.
- 22 - Tim Clarke and William Vincent, Banking under pressure Breaking the chains , Butterworth , London 1989.
- 23 - Van Ryn , Principes de droit Commercial, Bruxelles, 1960.

نظام جرائم المخدرات في المملكة العربية السعودية

الناشرة

خلود سامي عازرة آل معجون
- استاذ مساعد بكلية العلوم الادارية -
جامعة الملك سعود بالرياض

نظام جرائم المخدرات فى المملكة العربية السعودية

الدكتورة/ خلود سامى عزارة آل معجون

- استاذ مساعد بكلية العلوم الادارية-

جامعة الملك سعود بالرياض

المقدمة

الشريعة الاسلامية هي النظام العام فى المملكة العربية السعودية، وفى ضوئها ووفقا لمبادئها تتدبّر معالم هذا النظام، وطبقا لأحكام الشريعة الاسلامية الغراء توقع العقوبات التى حددها الشارع مقدما بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص، أما الجرائم الأخرى وهى التعزيرات ومنها المخدرات فقد ترك أمرها لولى الأمر يعالجها بمراعاة ظروف المجتمع القائم مسترشدا فى ذلك بهدى الشريعة وروحها، ومن ثم فإن الشريعة الاسلامية قد راعت مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة، فلا جريمة ولا عقوبة الا بنص، فالجرائم والعقوبات فى الحدود محددة ومقدرة وهى لا تثبت الا بالنص، وكذلك الشأن فى القصاص، أما فى التعازير فإن سلطة ولى الأمر فى تعزيز العقوبات عن المعاصى مقيدة بضوابط معينة أهمها حماية المصلحة الاسلامية والقضاء على الفساد.

وعليه فإن الفهم الواعى لقواعد الشريعة الاسلامية يتيح لها أن تستوعب الأنظمة الجنائية المعاصرة التى تثبت أهميتها وقيمتها، اذ تستند فلسفة الشريعة الاسلامية فى التجريم والعقاب على مدى مساس الفعل المرتكب بالمصالح

للمعتبره شرباً، وهي الضرورات الخمس - حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال - لأن حياة المجتمع لا تستقيم بدونها، وهذه الضرورات تنطق بحقوق الله تعالى فلا يجوز المساس بها وإتيان ما يمسها من أفعال وأبرزها تعاطي المخدرات لما تخلفه من مضار على ضرورة حفظ النفس والعقل. لذلك أوجبت الشريعة تجريم الاتجار بها وتعاطيها وزراعتها حيث استفحل أمرها في مجتمعاتنا المعاصرة وباتت تثير قلقاً على النطاق المحلي والدولي للأثار الفتاكة التي تحدثها في الصحة والمال والمجتمع.

وفي عالمنا الإسلامي ساد مفهوم خاطئ لدى المتعاطي، بأنه وإن حرم الله الخمر إلا أنه لم يرد في القرآن للكرام ما يحرم المخدرات، ومن ثم فهي من المباحات في نظره، لذلك نجد أن الكثير ممن يتجنبون شرب الخمر إلا أنهم لا يجدون غضاضة في إيمان المخدرات استناداً لذلك الفهم الخاطئ.

فكان لا بد من التعرض لحكم الشريعة الإسلامية بالنسبة لتجريم المخدرات، والامس التي استند عليها هذا التجريم لأن الشريعة الإسلامية هي أساس النظام العقابي السعودي الذي أخذ على عاتقه التصدي لهذه الجريمة بتقرير للقواعد التي ترمي إلى منع وقوع الجريمة بتوقيع العقوبة الرادعة على من يحاول تهريب وترويج تعاطي المواد المخدرة، وكذلك اتخاذ الوسائل الكفيلة التي تؤدي إلى إصلاح المجرم حتى لا يعود إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى. ومن هنا تظهر عظمة الشرع الحنيف حين ترك أمر تقدير عقوبة مرتكب هذه الجريمة التعزيرية بيد الحاكم لأن ذلك أمر يتطلبه المصلحة العامة، وبذلك يكون للشريعة الإسلامية في هذا المجال فضل سبق إلى تجريم

ما يمس الصحة النفسية والبدنية في كافة صورها عن الأنظمة الوضعية الحديثة.

هذا وسوف تكون خطة البحث على النحو الآتي:

الفصل الأول

تطور التجريم في نظام جرائم المخدرات في المملكة العربية السعودية

تمهيد

٢٣٧

المبحث الأول:- الاسس التي استند عليها النظام في التجريم

٢٤١

المطلب الأول:- القرآن

٢٤٤

المطلب الثاني:- السنة.

٢٤٥

المطلب الثالث:- الاجماع.

٢٤٨

المبحث الثاني:- ارتكاب الجريمة

٢٥٣

المطلب الأول:- الركن المادى.

٢٥٣

المطلب الثاني:- الركن المعنوى.

٢٦٨

الفصل الثاني

العقوبة

٢٧٢

المبحث الأول:- عقوبة تعاطي المخدر في الشريعة.

٢٧٢

المطلب الأول:- حد السكر.

٢٧٣

المطلب الثاني:- عقوبة التعزير.

٢٧٤

المبحث الثاني:- العقوبة في النظام السعودي.

٢٧٦

المطلب الأول:- العقوبات الأصلية.

٢٧٨

المطلب الثاني:- العقوبات التبعية والتكميلية.

٢٨١

الخاتمة.

٢٩٢

الفصل الأول

تطور التجريم فى نظام جرائم المخدرات فى المملكة العربية السعودية

تمهيد:-

ان المملكة العربية السعودية قد مرت منذ نشأتها بتطورات اجتماعية واقتصادية كبيرة مما اضطرت معه الدولة الى مواجهة هذه التطورات باصدار الأنظمة المناسبة لها.

فانتقال المجتمع من طور حضارى الى طور حضارى آخر يوجب تعديل النظام بما يناسب هذا التطور الحضارى (١).

ولما تفاقمت مشكلة تعاطى المخدرات والمفترات والامان عليها فى المجتمعات المعاصرة ومنها المجتمع السعودى، حق لولى الأمر أن يصدر الأنظمة لمكافحة المخدرات بأنواعها المختلفة حماية لأبناء شعبه وحماية لمصلحة وطنه مصداقا لقول للنبي صلى الله عليه وسلم (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته) وتمشيا مع القاعنة العامة فى الأحكام الشرعية الاسلامية ومقاصدها المتمثلة فى المحافظة على الضرورات الخمس.

وفيما يلى نستعرض بايجاز تطور التجريم فى نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى.

تطور نظام جرائم المخدرات السعودية:-

. أولا/ فى سنة ١٣٥٣هـ صدر الأمر السامى بالموافقة على نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة رقم ٣٣١٨ بتاريخ ١٣٥٣/٤/٩هـ، ويتكون هذا النظام من اثنين وثلاثين مادة، وبين هذا النظام المواد المخدرة والعقوبات المقررة لها.

ثانيا/ عدل هذا النظام بقرار مجلس الوزراء رقم ١١ بتاريخ ١٣٧٤/٢/١هـ ونص للتعديل على ما يلى:-

١- كل من يثبت عليه لدى المحاكم المختصة تهريب المواد المخدرة الى المملكة بطريق مباشر أو غير مباشر يعاقب بالعقوبات التالية:-

أ- يسجن مدة خمسة عشر عاما.

ب- تصدر المواد المهربة وتنتلف.

ج- يغرم بغرامة مالية قدرها عشرون ألف ريال عربى سعودى.

وبعد تطبيق العقوبات السابقة يجازى أيضا بحرمانه من السفر الى الخارج ان كان سعوديا وبعد من المملكة ويحرم من الدخول اليها ان كان أجنبيا، وتعطى صورته الى خفر الموانئ والحدود والممنليات.

٢- كل من يثبت عليه لدى المحاكم المختصة الاشتراك فى تهريب المخدرات أو تسهيل دخولها الى المملكة يعاقب:-

أ- بالسجن مدة سبع سنوات.

ب- يفصل من وظيفته ان كان موظفا.

٣- كل شخص من غير الصيادلة والمرخص لهم بالاتجار بالمواد المخدرة تثبت حيازته لشيء من المخدرات أو توسطه فى تصريفها بالبيع أو

- الارسال أو النقل من جهة الى أخرى يعاقب بالسجن مدة خمس سنوات
ويغرم بغرامة مالية قدرها عشرة آلاف ريال عربى سعودى.
- ٤- كل من يثبت عليه لدى المحاكم المختصة تعاطى شئ من المخدرات
يعاقب بما يلى:-
- أ- بالسجن لمدة سنتين.
- ب- يعزر بنظر الحاكم الشرعى.
- ج- بعد تطبيق احكام الفقرتين (أ، ب) يجازى أيضا بابعاده عن البلاد ان كان
أجنبيا.

- ثالثا/ صدر بعد ذلك قرار مجلس الوزراء رقم ٦١٤ بتاريخ
١٣٨٧/٧/١٥هـ المتوج بموافقة خادم الحرمين الشريفين المتضمن ما يلى:-
- ١- حظر زراعة الجنزפורى أو تداوله للأخطار التى تتجم من تداوله على
المجتمع ويعلن عن ذلك فى الصحف المحلية.
- ٢- تطبق المادة الاولى من قرار مجلس الوزراء رقم ١١ لسنة ١٣٧٤هـ
والخاص بعقوبة المخدرات والذاصة بالمهربين على كل شخص يثبت
شرعا زراعته لمادة الجنزפורى وتطبيق بقية المواد من القرار على
الحالات الاخرى من حيازة وتجار ووساطة واستعمال مادة الجنزפורى.

- رابعا/ صدر الأمر السامى رقم ٣٠١٧ بتاريخ ١٣٩١/٤/١٦هـ بتطبيق
عقوبة الاعدام على مهربي اللقات ومستعمليه بناء على الفتوى التى صدرت
من فضيلة المرحوم الشيخ محمد بن ابراهيم مفتى المملكة السابق فى الفتوى
رقم ٢٠٠ بتاريخ ١٣٧٦/٤/١هـ حيث (٦) جاء فيها مسألة (اللقات) حادثة

الوقوع والحكم عليها يتوقف على معرفة خواص هذه الشجرة وما فيها من المنافع والمضار، وأيهما أغلب، فظهر بعد البحث وسؤال من يعتد بقولهم من التفات أن لمتعيني فيها المنع من تعاطيها وزراعتها واستعمالها وتوريدها لما اشتملت عليه من المفاسد والمضار في العقول والأديان والأبدان، ولما فيها من اضرار المال وافتتان الناس بها، ولما تشتمل عليه من الصد عن ذكر الله وعن الصلاة، فهو شر ووسيلة آخذة بشروعه والوسائل لها أحكام الغايات، وقد ثبت ضررها وتفتيرها وتخديرها، بل واسكارها مقدم على النافي، فهاتان قاعدتان من قواعد الشرع تؤيد للقول بتحريمها قياسا على الحشيشة المحرمة، لاجتماعها في كثير من الصفات وليس بينهما فرق عند أهل التحقيق (٢)

خامسا/ صدر الأمر السامي رقم ٤/ب/٩٦٦٦ بتاريخ ١٠/٧/١٤٠٧هـ ولكل من وزارة العدل ووزارة الداخلية باعتماد العمل بقرار مجلس هيئة كبار العلماء الذي صدر بالاجماع برقم ١٣٨ وتاريخ ٥/٦/١٤٠٧هـ الذي نص:-

١- بالنسبة لمهرب المخدرات فإن عقوبته القتل لما يسببه تهريب المخدرات وادخالها البلاد من فساد عظيم لا يقتصر على المهرب نفسه، واضرار جسيمه وأخطار بليغة على الأمة بمجموعها، ويلحق بالمهرب الشخص الذي يستورد أو يتلقى المخدرات من الخارج ويمون بها المروجين.

٢- أما بالنسبة لمهرب المخدرات فقد نص القرار رقم ٨٥ بتاريخ ١١/١١/١٤٠١هـ على أن من يروج المخدرات للمرة الاولى فيعزر تعزيرا بليغا بالحبس والجلد أو الغرامة المالية أو بها جميعا حسب ما يقتضيه النظر القضائي، وان تكرر منه ذلك فيعزر بما يقطع شره عن المجتمع

ولو كان بالقتل، لأنه بفضله يحتير من المفسدين في الأرض ومن تاصل
الاجرام في نفوسهم.

بعد استعراضنا لأهم التطورات التي طرأت على النظام الخاص بمنع
الاتجار بالمواد المخدرة أو تعاطيها، نبين الاسس التي استند عليها النظام في
تجريمه للمواد المخدرة خاصة وإن المملكة تطبق الشريعة الإسلامية في
أنظمتها في مبحث أول وأركان جرائم المخدرات في مبحث ثانى على النحو
الآتى:

المبحث الأول

الاسس التي استند عليها النظام في التجريم

تمهيد:-

تعتبر جرائم الاتجار وترويج وتعاطي المخدرات من جرائم التعزير التي
يحق لولى الأمر أن يوقع الجزاء على كل من يرتكبها أو يسهم في أى جريمة
منها. وكما هو معلوم أن الشريعة الإسلامية قسمت الجرائم بحسب جسامة
الفعل المرتكب الي:

١- جرائم ذات عقوبات مقدرة وهى الحدود التي يتحقق فيها اعتداه على
حقوق الله (كل ما يمس المجتمع) وتكون العقوبة فيها مقدرة من الشارع،
ولا يترك لولى الأمر تقديرها، كخد الزنا، وحد القذف وحد الشرب وحد
السرقه.(٣)

والقصاص الذى تعنى به الشريعة المماثلة، أى أن يعاقب الجانى بمثل فعله^(٤) (قصاص صورة ومعنى) أو أن يدفع الدية (قصاص معنى) وتتعلق بما أتلّف الجانى بالجناية ولا يتجه اليها الا اذ تعذر القصاص الأصلى.^(٥)

٢- جرائم التعازير، وهى تلك التى لم ينص للشارع على عقوبة مقدرة لها فى الكتاب أو السنة مع ثبوت نهى الشارع عنها لانها فساد فى الأرض أو تؤدى الى فساد^(٦) فهى تجب حقا لله تعالى أو لأدمى فى كل معصية ليس فيها حدا أو كفارة^(٧) فالمعصية انما هى ارتكاب محرم، وكل فعل أو ترك محرم فى الشريعة الاسلامية يعتبر جريمة توجب أو تجيز عقابا^(٨) ويترك تقديرها لولى الأمر حسب ما تقتضيه المصلحة العامة. الا ان ارادة ولى الأمر فى التجريم ليست مطلقة، وانما مقيدة بأن يكون الباعث على التجريم حماية المصلحة العامة، وأن يحقق التناسب بين الجريمة و العقوبة المفروضة عليها، كما يجب أن يكون للعقوبة دور فعال فى القضاء على الفساد.

ولكن هل يجوز لولى الأمر ان يفرض عقوبة القتل بالنسبة للجرائم التعزيرية

ذهب فقهاء المالكية الى تطبيق مبدأ ملازمة العقوبة للجريمة والمجرم، ومن ثم يقررون جواز تطبيق عقوبة القتل تعزيرا فى حالات معينة، وهى اما بسبب الجريمة التى تكون طبيعتها بالغة الخطورة، أو بسبب طبيعة المجرم كأن يكون معتادا على الاجرام لا يكف شره فى نظر القاضى بغير عقوبة القتل^(٩) يؤيد هذا للرأى الحنفية وفريق من الشافعية والحنابلة^(١٠) وهذا هو

الرأى الراجح. واستدلوا على ذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم عندما سأله ديلم الحميرى فقال (قلت يا رسول الله انا بأرض نعالج فيها عملا شديدا وانا نتخذ شربا من القمح فنقوى به على أعمالنا وعلى برد بلادنا. فقال عليه الصلاة والسلام: هل يسكر، قلت: نعم، قال: اجتنبوه، قلت: ان الناس غير تاركيه، قال: فان لم يتركوه فاقتلوهم) وفى حديث آخر روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم انه قال (من ألتكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم ويفرق جماعتكم فاقتلوه) (١١) كذلك أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بقتل لجاجسوس المملىم (١٢)، وذهب الحنفية الى أنه يعزر بالقتل من تكرر منه فعل الجريمة وإذا كان جنسها يوجب القتل، كمن تكرر منه التلوط، ويسمون ذلك بالقتل سياسة، فلامام أن يقتل فاعله، وكذلك له أن يزيد على الحد المقرر إذا رأى المصلحة فى ذلك. (١٣) وذهب رأى آخر - وهم قلة - الى عدم جواز التعزير بالقتل واستندوا فى ذلك الى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم ومن بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين. (١٤) ونرى أن استدلال هذا الفريق بالحديث النبوى لا يصلح الا فى القسم الخاص بالتعزير عن المعاصى المتشابهة مع الحدود الشرعية ولا يمتد الى باقى أقسام التعزير. (١٥) كما استندوا الى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (لا يحل دم امرى مسلم يشهد (أن لا اله الا الله) ألا باحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزانى، والمفارق لدينه التارك للجماعة) وتبعنا لذلك قصر هذا الرأى عقوبة القتل فى مجال الجرائم الثلاث فقط. ويؤخذ على هذا الرأى أن عقوبة القتل قد ورد ذكرها فى غير هذه المواضع فى القرآن الكريم، وفى أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم فالقتل احدى عقوبات جريمة الحاربة وهى أيضا عقوبة واردة فى البغى،

كما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال (من وجنتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوه) (١٦).

نخلص من كل ذلك الى مشروعية القتل تعزيرا استنادا الى أساس شرعى من السنة الشريفة طالما كان ذلك بقصد دفع الفساد ووقاية المجتمع. وقد استند النظام السعودي فى تجريمه لفعل تهريب وتعاطى وترويج المخدرات على القرآن الكريم والمنة والاجماع ، التى سوف نتعرض لها كل فى مطلب مستقبل.

المطلب الأول القرآن الكريم

وردت فى بعض نصوص القرآن الكريم الاشارة الى تحريم المخدرات من خلال نظرة القرآن الكريم الى الخمر حيث نصت الآية الكريمة (يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون. إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون) (١٧). صرحت هذه الآية الكريمة بتجريم الخمر الذى يمكن تعريفه ، بأنه كل مسكر مخامر للعقل مغط عليه. فوظيفة الخمر هى ازالة العقل وتحول بينه وبين رؤية الأشياء على حقيقتها ، وهى بذلك تتدخل فى تعريف المخدر ، كما أن الرجس لم يستعمل فى القرآن الا كعنوان على ما اُشتد قبحه وهو من عمل الشيطان لأنه يتولى شاربها ويقتاده الى حيث يريد من إيقاع العداوة والشقاق

والكراهية ، وصد عن ذكر الله والصلاة (١٨) وهذه المعاني موجودة في المخدرات بصورة أكثر وضوحا من الخمر لما يؤدي تعاطيها الى هلاكه صحيا، ولارتكابه الجرائم بأنواعها، وصد عن ذكر الله وبالتالي تفكك المجتمع الاسلامي وانهاره. كما ورد في قوله تعالى (الذين يتبعون الرسول النبي الامي الذي يجدونه مكتوبا عندهم في التوراة والانجيل يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث)(١٩). في هذه الآية الكريمة قاعدة عامة فيها اباحة فعل الطيبات وتحريم كل ما هو خبيث والمخدرات بكافة أنواعها تعتبر من الخبائث، وإذا كان النبي صلى الله عليه وسلم قد وصف الخمر بأنها أم الخبائث، فإن هذا الوصف ينطبق من باب أولى على المخدرات لأنها أشد صرا من الخمر، فتكون محرمة بدلالة النصوص والتي استمدت منها القاعدة الشرعية التي تعتبر من أهم القواعد التشريعية في الإسلام، وهي دفع المضار وسد ذرائع الفساد.

المطلب الثاني

السنة

احتج الفقهاء بتحريم المخدرات على ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم اذ قال (كل مسكر خمر) فهم يرون بناء على ذلك أن اسم (الخمر) على كل المسكرات، لأن الاشتراك في الصفة يقتضي الاشتراك في الاسم، وهو قياس في اللغة وجائز عند الأكثر (٢٠) كما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله (ان من العنب خمر، وان من التمر خمر، وان من العمل خمر،

وان من الشعير خمرا) لمن أقوى الأكلة على أن الخمر ليس مقصورا على ما أخذ من العنب، بل أنه يطلق على كل مسكر.

كذلك ما ورد في سنن أبي داود (٢١) أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال (ما أسكر كثيره فقليله حرام) (كل مسكر حرام) وما أسكر منه الفرق فملء الكف منه حرام).

يظهر لنا من هذه الأحاديث أن للنبي صلى الله عليه وسلم اعتبر كل مادة مسكرة خمرا سواء سميت بذلك في لغة العرب أو لم تسم به. فقد جمع الرسول صلى الله عليه وسلم بما أوتيته من جوامع الكلم كل ما غطى العقل و أسكر ولم يفرق بين نوع وآخر، ولا عبء لكونه مأكولا أو مشروبا مانعا أو جامدا كما هو بالنسبة للمخدرات. ويؤيد هذا القول ما روى عن عائشة رضى الله عنها (لا أحل مسكرا وإن كان خيزا أو ماء) (٢٢).

وقال ابن حجر: إن الاسكار يطلق، ويراد به مطلق تغطية العقل، وهذا إطلاق أعم ويطلق ويراد تغطية العقل مع نشوة وطرب. وهذا إطلاق أخص، وهو المراد من الاسكار حيث أطلق، فعلى الإطلاق الأول يبين المسكر والمخدر عموم مطلق إذا كان مخدر مسكر وليس كل مسكر مخدر، فإطلاق الاسكار على الحشيشة والجوزة ونحوها المراد به التخدير وعن مسلم بن جابر رضى الله عنه أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن شراب يشربونه بأرضهم عن الذرة يقال له المزرة، قال: أمسكر هو؟ قال نعم، فقال: كل مسكر حرام إن على الله عهدا لم يشرب المسكر أن يسقيه من طينة

الخبال، قالوا يا رسول الله وما طينة الخبال؟ قال: عرق أهل النار، أو عصارة أهل النار. (٢٣)

كذلك ما رواه أحمد في مسنده وأبو داود في مسنده، عن أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل مسكر ومفتّر) والمفتّر بتشديد التاء من فتره، فالمفتّر، كل ما يورث الفتور والخمول والاكسار والضعف واسترخاء الجسم ويهدد الأطراف.

فالمخدرات تورث الفتور، والنهاي عن المفتّر نهى عن المخدر، والنهاي عن تناول الشئ يدل على تحريمه فيكون تناول المخدرات حراماً، إذ أن القاعدة عند المحدثين والاصوليين أنه إذا ورد النهي عن شيئين مقترنين ثم نص على حكم النهي عن أحدهما من حرمة أو غيرها أعطى الآخر ذلك الحكم، بدليل اقترانهما في الذكر والنهي. وفي الحديث المذكور، ذكر المفتّر مقروناً بالمسكر وتقرر عندنا تحريم المسكر بالكتاب والسنة والاجماع، فيجب أن يعطى للمفتّر حكمه بقرينة النهي عنهما مقترنين. (٢٤) ولا يقال دلالة الاقتران ضعيفة لا يثبت بمثلها التحريم، لأن التحريم لم يثبت بدلالة الاقتران وإنما ثبت بدلالة النص، حيث انصب النهي عن المفتّر كما انصب على المسكر بدلالة العطف بالواو فانها تقتضي اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم. ولا يقال كذلك أن الحديث يدل على الكراهة التحريمية دون التحريم في نظر فقهاء الحنفية، لأنهم يرون أن ما طلب تركه بدليل ظني يفيد الكراهة التحريمية، والحديث المذكور ظني لانه خبر آحاد يفيد الكراهة التحريمية عندهم دون التحريم، والحقيقة أن الحنفية يتفقون مع الجمهور على

أن الحديث يدل على طلب ترك تناول المفتر على سبيل التحتم وال لزوم الظنى والقطعى لورودها جميعا من قبل الشارع. بالأول قال الحنفية، والثانى قال الجمهور والاختلاف بينهم حول التسمية فهو اختلاف لفظى لا حقيقى، اذ يتفقون جميعا على أن المخدر قد طلب للشارع ترك تناوله على سبيل للزوم^(٢٥) وان الشرع الاسلامى اعتنى بالمنهيات لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (إذا أمرتكم بشئ فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شئ فاجتنبوه) وقوله صلى الله عليه وسلم (لترك ذرة مما نهى الله عنه ففضل من عبادة النقلين). ومن هنا قال الفقهاء: (أنه يجوز ترك الواجب للمشقة، ولا تسامح فى الاقدام على المنهيات الا عند الاضطراب).

المطلب الثالث

الاجماع

اختلف الفقهاء المتقدمين فى حكم المخدر لأن استعماله لم يفش بعد بين الناس الا أن استعماله ظهر واستقر بالقرنين السادس والسابع الهجريين، فانفق الفقهاء المتأخرون الذين ظهرت المخدرات فى زمنهم على حرمة تعاطيها سواء كانت طبيعية أو مخلقة، لانها تفسد العقل والبدن وتهدر المال وتورث مهانة أكلها ودناءة نفسه وهذا ما سنوضحه على النحو الآتى:

الفقه الحنبلي:-

يقول شيخ الاسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى: أما الحشيشة الملعونة المسكرة، فهي بمنزلة غيرها من المسكرات حرام باتفاق العلماء، بل كل ما يزيل العقل فانه يحرم أكله ولو لم يكن كالبنج، وأما قليل الحشيشة المسكرة فحرام عند جمهور الفقهاء كسائر القليل من المسكرات لانه قل أن يتعاطى أحد شيئا من هذه المخدرات الا اعتاده والقليل يدعو الى الكثير لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (كل مسكر خمر وكل خمر حرام) والنبى صلى الله عليه وسلم بعث بجوامع الكلم، فإذا قال كلمة جامعة كانت عامة في كل ما يدخل في لفظها ومعناها سوا، كانت الأعيان موجودة في زمانه أو مكانه أو لم تكن. وقال ان من استحل ذلك وزعم أنه حلال فانه يستتاب فان تاب والا قتل مرتدا لا يصلى عليه ولا يدفن في مقابر المسلمين.

وقد لجأ الى الاستدلال بالمصلحة ودرء المفسده على تحريم المخدرات بعد أن استدل على تحريمها بعموم نصوص الكتاب والسنة، فبين أن مضارها لا تعادلها أى مصلحة تنوهم فيها فهي تورث مهانة أكلها، ودناءة نفسه وانفتاح شهوته مما لا يورثه الخمر، ففيها من المفساد ما ليس فى الخمر فهي بالتحريم أولى من الخمر لأن ضرر أكل الحشيشة على نفسه وعلى الناس اشد من ضرر الخمر. (٢٦)

وجاء في المغنى لابن قدامة، ان من شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله عالما به متلاعبا، فحكمه حكم السكران فى طلاقه، وعلى ذلك بأن عقابه زال بمعصية. (٢٧)

الفقه الحنفى:-

يقول للكمال بن الهمام (إن مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية اتفقوا على الفتوى بحرمة أكل الحشيش بعد أن اختلفوا، لأن المتقدمين لم يتكلموا فيها بشئ لعدم ظهور شأنها فيهم، فلما ظهر من أمرها من الفساد، عاد مشايخ المذهبين إلى تحريمها) (٧٨) وهذا يدل على اتساع أفق الفقه فيقول الامام الترتلى في شرحه لمتن القدورى: (لا يجوز أكل البنج والحشيشة والافيون وذلك كله حرام لانه يفسد العقل حتى يصير الرجل فى خلاعة وفساد ويصده عن ذكر الله وعن الصلاة) (٧٩).

الفقه الشافعى:

أفتى ابن حجر الهيئى فى كتابه الزواجر بتحريم الحشيشة وجوزة الطيب. وكل نبات تحقق فيه انه مخدر ومسكر حيث حرم الحشيش مستندا إلى ما رواه ابو دلوود فى سننه بسند صحيح عن ام سلمة (رضى الله عنها) قالت (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل مسكر ومفتر) وقال ان هذا الحديث دليل على تحريم الحشيشة أما جوزة الطيب فقال (لامرية فى تحريم الجوزة لاسكارها أو تخديرها) وقال أيضا (ثبت بما تقرر أنها حرام عند الائمة الأربعة الشافعية والمالكية والحنابلة بالنص والحنفية بالاقتضاء) وقال إن من زعم حل للجوزة بعد أن يطلع على أقوال العلماء فيها يعزر التعزير البليغ الزاجر (٣٠).

الفقه المالكي:-

يحرم الفقه المالكي الكثير المسكر من المخدرات، واختلفوا في تحريم القليل منها، ويذكر الامام محمد الحطاب حيث قال (انه لا خلاف عند المالكية في تحريم القدر القليل المغطى للعقل من المخدرات وانما اختلفوا في تحريم القليل منها بناء على الخلاف الذي حكاه خليل عن شيوخه في هل هي مسكر أو لا؟ فعلى القول بأنها مسكره يحرم قليلها وكثيرها، وعلى القدر بأنها غير مسكره يحرم القدر المفسد منها دون القليل الذي لا يفسد العقل). (٣١) من مجموع هذه الآراء للفقهية نخلص الى أن الشريعة الاسلامية حرمت تناول المخدرات قليلها وكثيرها، 'تها ان كانت مسكرة فتحريم القليل منها ثابت كحديث للرسول صلى الله عليه وسلم (ما أسكر كثيره فقليله حرام) وان كانت مفتره فقط، فتحريم قليلها من باب سد الذرائع لأنها مفسده ودرء المفاصد من المقاصد الضرورية للشريعة الاسلامية، فكل مادة يثبت اسكارها أو تخديرها أو تفتت العقل ينطبق عليها الحكم بالتحريم أيا كان الاسم الذي يطلق عليها طالما أن جوهرها مسكر ومفتر، وأيا كانت طريقة تعاطيها سواء بطريق الأكل أو التدخين أو السعوط أو الشرب، أو الحقن، كما حرمت جميع الأفعال المساعدة والمسهلة على تعاطي المواد المخدرة من اتجار وزراعة وحياسة وتعامل عملا بنظرية سد الذرائع المعمول بها في الشريعة الاسلامية.

ولكن ما حكم التداوى بالمخدر؟

يرى ابن تيميه أنه لا يجوز التداوى بالمخدر المسكر، لأن التداوى بالخمير والمسكر وكل محرم لا يجوز لما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الخمر يتداوى بها فقال (لها داء وليس نواء) ولما جاء في السنن أنه

صلى الله عليه وسلم نهى عن الدواء الخبيث قال: (إن الله لم يجعل شفاء أمتي في ما حرم عليها).

ومن ناحية أخرى، أن التدلوى بالمخدر والمسكر ليس من الضرورة لأنه لا يتيقن الشفاء بالمحرم كما يتيقن الشبع باللحم المحرم، ولأن الشفاء لا يتعين له طريق بل يحصل بأنواع الانوية بخلاف المخصصة فانها لا تزول الا بالاكل. (٣٢) الا أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية أجازوا تناول ما يذهب العقل لقطع عضو ونحوه، حيث جاء في ابن عابدين (لا بأس بشرب ما يذهب العقل من غير الخمر لقطع نحو الكله) (٣٣) وهذا ما نرجحه، فيجوز تناول القليل من المخدرات بقصد التدلوى، كما يجوز استعمال الكثير اذا اقتضى ذلك عذر شرعى صحيح كالتخدير عند اجراء العمليات الجراحية، لأن حرمة المخدرات ليست حرمة ذاتية كما جاء فى حرمة الخمر التى حرمت لعينها، وإنما حرمتها مبنية على ما تحدثه من أضرار عقلية وبدنية، فاذا انتفت هذه الاضرار وتحققت مصلحة مشروعة لتفى التحريم، لقوله تعالى (وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم) (٣٤) وقد اشترط الفقهاء الذين أباحوا التدلوى بالمحرم شرطين:-

الأول :- أن يتعين التدلوى بالمحرم بمعرفة طبيب مسلم خبير بمهنة الطب معروف بالصدق والأمانة والتدين.

الثانى:- ألا يوجد دواء من غير المحرم ليكون التدلوى بالمحرم متعينا، ولا يكون القصد من تناوله التحايل لتعاطى المحرم، وألا يتجاوز قدر الضرورة. (٣٥)

المبحث الثاني أركان الجريمة

جرائم المخدرات على اختلاف أنواعها تقوم على ركنين هما الركن المادى، والركن المعنوى. هذا وسوف نستعرض هذه الأركان كل فى مطلب مستقل.

المطلب الأول: الركن المادى

الركن المادى للجريمة هو مادياتها، وما يتصل بها من أفعال، أى كل ما يتصل فى كيانها وتكون له طبيعة مادية فتلمسه الحواس^(٣٦) ويتكون الركن المادى من عنصرين:-

أولاً : المخدر:

المخدر لغة : هو ما يترتب على تناوله كسل وفقر وضعف وإسترخاء فى الأعضاء، وفيه أيضا معنى السر والتغطية والظلمة والفتور^(٣٧).

المخدر اصطلاحاً: هو كل ما يترتب على تناوله إتهاك للجسم وتأثير على العقل حتى يكاد يذهب به وتكون عادة الايمان^(٣٨).

المخدر نظاما: مجموعة من المواد تسبب الاضرار وتسبب الجهاز العصبي ويحظر تداولها أو زراعتها أو حننها إلا لأغراض يحددها النظام، ولا تستعمل إلا بواسطة من يخصص له بذلك (٣٩) ويمكن حصر المخدرات فى ثلاثة أنواع هى:

- ١ - للمخدرات الطبيعية: مثل الحشيش والأفيون والكوكا والقات.
 - ٢ - للمخدرات التصنيعية: وهى تلك المستخلصة من المخدرات الطبيعية وتكون أكثر تركيزا مثل المورفين والهيريون والكوكاتين.
 - ٣ - المخدرات التخليقية: وهى تلك التى صنعت من مواد كيميائية على شكل كبسولات ومساحيق وحقن، وهذه الأنواع تحتوى على عناصر منبهة أو مسكنة من شأنها إذا استخدمت فى غير الأغراض الطبية أو الصناعية الموجهة أن تؤدى إلى حالة من التعود والاضمان عليها. مثل الامفيتامينات والباربيتورات والكابتاجون وحبوب السيكونال.
- ومعيار المخدر كونه (مفترأ) والمفترأ هو الذى يورث الفتور والخطر.

والذى نلاحظه أن النظام الخاص بالمخدرات فى المملكة العربية السعودية لم يضع تعريفا لما يسمى بالمواد المخدرة، والحال نفسه بالنسبة لأغلب الأنظمة الوضعية. وإنما لورد نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة الصادر سنة ١٣٥٣ هـ فى المادة الثالثة منه المواد المخدرة التى يحظرها النظام وإن ما عدا هذه المواد يخرج عن دائرة التجريم (٤٠).

وقيام النظام بحصر للمواد المخدرة فى جداول تلتق بالنظام يعد مسلكا محمودا يتفق مع خاصية التحديد والوضوح التى ينسم بها النظام العقابى، كما

أنه لا يعطى للمتهم فرصة للافلات من العقاب بحجة عدم علمه بطبيعة المادة ومفعولها، إذ يكفي للعقاب أن يدرك المتهم اسم المادة حتى ولو جهل فعلا أو زعم جهله بمفعولها لأنه لا مجال فيها للتأويل أو اللبس^(٤١) وقد بينت المادة الثانية من هذا النظام جواز تعديل هذه المواد بالزيادة أو الحذف لما قد يكتشف في المستقبل من مواد لها نفس التأثير على أن تعلن من وقت لآخر وتنتشر في الجريدة الرسمية حتى يضمن علم الجميع بها، ومن ثم تتلافى القصور الذي قد يحدث أحيانا في استيعاب النظام لكل المواد المخدرة، وتكون مساهمة لأحدث الاكتشافات العلمية^(٤٢) وهناك بعض النظم تحرم المادة المخدرة دون ذكر لصفة هذه المادة وتترك للقاضي حرية التقدير على ضوء ما يثبت لديه في معامل الخبراء^(٤٣). وهذه الطريقة تتعارض مع مبدأ الشرعية لأنه لم يحدد لنا محل الجريمة على وجه قطعي، كما تنسم بالغموض خاصة بالنسبة للأشخاص العاديين الذين يمكن أن يفاجئوا بأن ما في حيازتهم من مواد يعتقد بشرعية حيازتها يحرم تدولها.

بيان نوع المخدر: -

يجب على القاضي بيان نوع المخدر في حكمه الذي يستوجب أن يكون قد ورد ذكره من ضمن المواد التي نصت عليها المادة الثالثة مستندا في ذلك على التحاليل المخبرية للقطع بحقيقة المادة، ولا يجرى في ذلك العلم من ناحية الواقع كالإكتفاء بالرائحة المنبعثة منه وإلا وجب الحكم بالبراءة^(٤٤). ولم يعين النظام حدا أدنى لكمية المخدر. فالعقاب واجب حتما مهما كان المقدار ضئيلا متى كان له كيان مادي محسوس أمكن تقدير ماهيته^(٤٥) لأن كمية المخدر ليست ركنًا في الجريمة وإن كانت ضالة الكمية يمكن أن

يستنتج منها أنها للتعباطى لا للتجار. إلا أنه إذا كانت الكمية عنصرا فى الجريمة بحيث لا تقوم إذا لم تتوافر هذه الكمية، وذلك عندما يحدد النظام نسب فروق للوزن المتسامح فيه مع الأشخاص المرخص لهم بحيازة واحراز المواد المخدرة، مثل الصيادلة أو عندما يضع حدا أقصى لكميات الجواهر المخيرة التى لا يجوز للأطباء البشرين تجاوزها فى وصفة طبية واحدة، كنص المادة (١٣) فى الفقرتين (٢، ٣) والمادة (١٤) والمادة (١٩) (٤١) هنا تعتبر كمية المخدر عنصرا فى الجريمة، لذا كانت كمية المخدر المضبوطة تجاوز النسبة المسموح بها نظاما، فلذا خلا الحكم من هذا البيان كيان معيبا بالتصور متعينا لقضه (٤٧). ولا ترتب على المجكمة أن هى لم تبين مدى مفعول المادة المخدرة، وما إذا كانت كافية للتخدير أم لا (٤٨).

ثانيا: السلوك الانسانى:

إن جرائم المخدرات تعد من جرائم السلوك المجرد الذى يكتفى فيها للنظام بتحقق السلوك الإجرامى بغض النظر عن النتائج المتحققة من عدمها (٤٩). ويمكن بيان أنواع السلوك الانسانى التى نص عليها النظام على النحو الآتى:

١ - الجلب والتصدير:

إن النظام الخاص بمنع الاتجار بالمواد المخدرة المسمودى، قد نظم عمليتى الاستيراد والتصدير والخاصتين بالمواد المخدرة، إذ بين الأشخاص والجهات التى يمنح لها الترخيص والاجراءات والبيانات الواجب توافرها

لاصدار الترخيص وذلك لأحكام الرقابة على استيراد وتصدير المواد المخدرة^(٥٠) فماذا نعى بالجلب والتصدير فى ظل أحكام هذا النظام؟
الجلب: هو استيراد للمخدر من خارج البلاد وإدخاله الأراضى الوطنية بآية وسيلة كانت.

والضابط فى تجريم الفعل ضابط مكائى تختص بتحديد أحكام القانون الدولى التى تحدد إقليم الدولة البرى والبحرى والجوى. وتخطى الحدود الجمركية بغير استيفاء الشروط التى نص عليها للنظام والحصول على الترخيص المطلوب من الجهة الادارية المنوط بها منحه يعد جلبا محظورا، ولا يشترط لوقوع جريمة الجلب أن يقصد الجانى توزيع أو استهلاك المواد المخدرة داخل البلاد، إذ تقع جريمة الجلب حتى لو كانت المواد المخدرة قد أدخلت البلاد بقصد نقلها إلى إقليم دولة أخرى^(٥١).

التصدير: هو إخراج أو محاولة إخراج المواد المخدرة عبر حدود إقليم الدولة، ولا تعتبر هذه الجريمة تامة إلا إذا تم فعلا إخراج المخدر خارج إقليم الدولة^(٥٢).

ان جلب أو تصدير المواد المخدرة لا يعدو أن يكون حيازة مصحوبة بالنقل عبر الحدود الى داخل أراضى المملكة أو خارجها، فهو فى مدلوله النظامى الدقيق يخطو ضمنا على عنصر الحيازة الى جانب دلالاته للظاهرة عليها، فلا يشترط لاعتبار الجانى حائزا لمادة مخدرة أن يكون محرزا ماديا للمادة المخدرة، اذ يكفى أن يكون سلطانه مبسوطا عليها ولو لم تكن فى حيازته المادية أو كان المحرز للمخدر شخصا آخر^(٥٣) اذ يستوى أن تكون عملية

الجلب أو التصدير قد وقعت بمعرفة الجاني وكان للمخدر في حيازته المادية، أو أن تكون العملية قد تمت لحسابه أو لمصلحته، كذلك يستوى أن يكون الجاني وقت ارتكاب الجلب أو التصدير موجودا داخل إقليم الدولة أو خارج حدودها^(٥٤).

ولكن ما هو مقدار الكمية المجلوبة أو المصدرة والتي على أساسها نستطيع القول بأن هناك جريمة يعاقب عليها النظام؟

هناك رأى يرى أن جنائية جلب أو تصدير المواد المخدرة تعتبر مكتملة الاركان بتجاوز الجاني خط الحدود ولا عبرة بمقدار المادة المجلوبة أو المصدرة^(٥٥) الا أننا نرى أن جنائية جلب المواد المخدرة أو تصديرها لا تتحقق الا اذا كان المخدر المجلوب أو المصدر يفيض عن حاجة الشخص وإستعماله الشخصي، لأن مناط التجريم فى هذه الحالة هو ملاحظة طرح تلك المواد المجلوبة بين الناس للتداول، وذلك لمكافحة إنتشار تلك المواد، وهذا الأمر لا يتحقق إلا إذا كان الجوهر المجلوب يفيض عن حاجة الشخص^(٥٦) وتقدير ذلك يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية.

والقصد الجنائى فى هذه الجريمة لا يتوافر بمجرد تحقق الحيازة المادية، بل يجب أن يقوم الدليل على علم الجاني بأن ما يحزره هو من الجواهر للمخدرة المحظور إحرازها نظاما، ولا يجب أن يكون الدليل الذى بنى عليه الحكم مباشرا، بل لمحكمة الموضوع أن تكمل الدليل مستعينة بالعقل والمنطق^(٥٧) كما لا يشترط لقيام الجريمة توافر باعث معين لدى الجاني بل تقع بمجرد إخراج أو إدخال المادة المخدرة الى إقليم الدولة أيا كان الباعث على ذلك.

هذا وإن الاسهام الجنائي بصورتيه الأصلية والتبعية يتصور وقوعها في جلب المواد المخدرة وتصديرها، فيعد فاعلا في هذه الجناية كل من يتدخل في عمل من الأعمال المكونة لها إذ كانت تتكون من عدة أفعال سواء بحسب طبيعتها أو طبقا لخطتها تنفيذها، إذ يعد فاعل مع غيره كل من تدخل في هذا التنفيذ ولو لم تتم الجريمة بفعله وحده، بل تمت بفعل واحد أو أكثر ممن تدخلوا معه فيها متى وجدت لدى الجاني نية التدخل تحقيقا لغرض مشترك هو الغاية النهائية من الجريمة، بحيث يكون كل منهم قد قصد قصد الفاعل معه في إدخال أو إخراج المواد المخدرة من أو إلى داخل الحدود الوطنية(٥٨).

ويعد مساهما تبعا إذا اقتصر دور الجاني مع غيره الاتفاق أو التحريض أو المساعدة، وإن كان تطبق عليه وفقا للقواعد العامة - عقوبة الفاعل الأصلي.

أما الشروع في جريمة الجلب غير متصور، فأما أن تكتمل أركان هذه الجريمة وذلك بمجرد إدخال المواد المخدرة إلى داخل الحدود الإقليمية، ومن ثم تكون جريمة تامة، أو لا تكتمل ولا يقوم التجريم(٥٩). إذ يشترط لاعتبار فعل ما شروعا في الجريمة، أن يكون الفعل خاضعا لسيادة الدولة، أي أن الأفعال المجرمه يجب أن تقع داخل إقليم الدولة حتى يسرى النظام عليها. أما بالنسبة لجريمة التصدير فإذا تم ضبط المادة المخدرة قبل إتمام إخراجها من إقليم الدولة فإن الفعل يعد شروعا في جريمة تصدير(٦٠).

٢ - صنع المخدرات:

نص نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودي فى المادة الرابعة منه على تجريم صنع المواد المخدرة^(٦١) ويقصد بالصنع مزج مواد معينة تؤدي فى النهاية إلى إيجاد المادة المخدرة مثل صنع الباربيتورات والامفيتامينات، دون اعتبار للوسيلة التى استخدمها الجانى فى هذه الصناعة، إذ مستوى فى نظر النظام أن تكون الوسيلة آلية أو يدوية، كما مستوى أن تكون المواد الأصلية التى استخدمها الجانى مخدرة أو غير مخدرة مادام مزجها يؤدي فى النهاية إلى إبراز المادة المخدرة^(٦٢) ويكون صنع المواد المخدرة مباحا متى ما تم وفق الشروط التى نص عليها النظام وفى الحدود المسموح له بها، ومن ثم لا يجوز تسليم هذه الجواهر المصنعة، أو التنازل عنها إلا باتباع الاجراءات المنصوص عليها فى النظام والا تعرض مرتكبها للعقاب.

ونرى أن نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودي لم يورد ذكر الثلاث - العمليات التى تؤدي إلى الحصول على المواد المخدرة من النباتات المثمرة لها - أو الاستخراج - تحليل مادة قائمة وفصل عناصرها المكونة لها فصلا يتم به الحصول على المادة المخدرة^(٦٣) فان هذا لا يمنع ادخل هاتين الصورتين تحت مصطلح الصنع.

٣ - زراعة النباتات المخدرة:-

ان نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودي لم يورد ذكرا لزراعة النباتات المخدرة وما يتعلق بجلب أو حيازة أو احراز هذه النباتات فى أى طور من "اطوار نموها وبذورها، وكان ذلك يقصد الاتجار الا فيما يتعلق

بحظر زراعة الجنزفوري وتداوله الذى صدر فيه قرار مجلس الوزراء رقم ٦١٤ بتاريخ ١٥/٧/١٣٨٧هـ بعد أن ثبت فى التحليل أنها مادة مخدرة (٦٤) ان التجريم الوارد فى هذا القرار يقتصر على تجريم نوع معين من المخدرات وهى الجنزفوري مما قد يفيد اباحة زراعة باقى أنواع المخدرات، لأن الأصل فى الأشياء الاباحة الا ما حرم منها، وعليه لا يمكن العقاب على زراعة المخدرات الا بموجب نص فى النظام يعاقب على زراعتها - مبدأ الشرعية - وكان الأجدر أن يأتى التجريم بصيغة الاطلاق والشمول بحيث يشمل تجريم زراعة كافة أنواع المخدرات، ولعل الدقن كان معذورا فى ذلك لأنه عند وضع هذا النظام سنة ١٣٥٣هـ لم تكن المملكة قد بلغت من التطور الذى وصلت اليه اليوم فى مجال الزراعة وخاصة بالنسبة للمزارع المحمية التى استطاع بواسطتها المزارعون زراعة كافة أنواع المزروعات التى لا تصلح زراعتها فى المملكة. ونرى أن يأخذ المقتن هذه الناحية بعين الاعتبار فى تطور النظام مستقبلا لكى تسد كل ثغرة يستطيع المفسدون أن ينفذوا منها لطرح سموهم والافلات من العقاب.

هذا وان محكمة النقض المصرية قد أعطت مفهوما واسعا للزراعة حيث قضت "بأن الزراعة ليست مجرد اللقاء البذور فى جوف الأرض أو غرس شتلات النباتات فى بطنها ولكنها تتجاوز هذا المدى لتشمل كل أفعال التعهد اللازم للزرع سواء انصببت هذه الأفعال عليه مباشرة كأفعال التسميد والتقليم أو وقعت على الأرض ذاتها كأعمال السرى والعزق واستئصال النبات الطفيلية" (٦٥) وقضت أيضا "أن الجريمة تقع تامة بمجرد وقوع فعل الزراعة سواء نبت الزرع أو جنت شجيراته وسواء تحقق انتاج المادة المخدرة أو لم

يتحقق ذلك لأى سبب من الأسباب ولو كان بفعل ارادى من جانب الزارع نفسه^(٦٦).

وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم المستمرة، ومن ثم تخضع لأحكام هذا النوع من الجرائم فى شأن التقادم وسريان النظام الجنائى وحجية الأمر المقضى به^(٦٧).

٤- الحيازة والاحراز:-

نص نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى فى المادة الرابعة والعشرين فى الفقرة الثالثة والرابعة والخامسة على واقعة حيازة واحراز المواد المخدرة، (٦٨) فما هو المقصود بمصطلح الحيازة والاحراز؟.

الحيازة:-

الحيازة واقعة مادية من شأنها أن تنتج آثارا قانونيه، (٦٩) وتتكون من عنصرين: الأول مادى، وهو الاحراز، أى السيطرة المادية على الشئ، والثانى يمكن أن يمارسها الشخص بنفسه أو بواسطة غيره. والثانى معنوى، وهو قصد الشخص استعمال الحق لحسابه. وتحقق الحيازة فى الفقه المدنى فى صور عدة:-

١- عندما يحرز المنقول ابتداء ويباشرفيه الأعمال المادية ما يباشرفه المالك بملكه، وتحقق هذه الصورة بالاستحواز الفعلى على المنقول.

٢- عندما لا يسيطر الشخص ابتداءً، ولكن تنتقل إليه السيطرة المادية من شخص آخر مسيطراً عليها ونقلها إليه، ويكفى هنا مجرد التمكن من الاستحواذ.

٣- عندما يمارس عدة أشخاص الحيازة على الشيوع بحيث يحق لكل منهم استعمال الشيء ويمارس كل منهم السيطرة المادية على الشيء المشاع مع غيره.

٤- عندما يمارس الحائز السيطرة المادية على الشيء بواسطة خدمه وأتباعه، فالسيطرة مباشرها وسيط يكون متصلاً به إتصال المتبوع بالتابع ياتمر بأوامره ويلتزم بتعليماته وليس له حرية التصرف فتكون الحيازة للحائز الأصلي، أما الخادم أو التابع لا يعتبر حائزاً، ولكنه وسيط أو حائز عرضي يمارس الحيازة باسم الحائز الأصلي.

٥ - عندما يمارس الحائز السيطرة المادية على الشيء بواسطة وسيط يتمتع بشئ من حرية التصرف مثل صاحب حق الانتفاع والمستأجر والوسيط، هنا يمارس السيطرة المادية لحساب الحائز، ولكن الفرق بينه وبين الوسيط في الصورة السابقة في أنه حائز عرضي لحق الملكية وحائز أصيل لحق عيني. ويشترط أن يكون الحائز العرضي حائزاً فعلياً للحق وله السيطرة المادية عليه.

ومن ثم نقصد بالحيازة هنا الحيازة بالمعنى الواسع الذي يمتد إلى مجرد وضع اليد العارضة على المخدر، فلا يشترط لاعتبار الجاني حائزاً لمادة مخدرة أن يكون محرراً للمادة المضبوطة، بل يكفي لاعتباره كذلك أن يكون سلطانه مبسوطاً عليها ولو لم تكن في حيازته المادية أو كان المحرز للمخدر

شخصاً آخر (٧٠) فتعتبر الحيازة متوافرة في حالة المالك غير الحائز، كالذى يفقد سيطرته على المخدر بسرقة منه، فيعتبر المالك حائزاً للمخدر، كما تعتبر الحيازة متوافرة حتى لو اقترنت بلكراه أو حصلت فيه (٧١).

الإحراز:

هو مجرد الاستيلاء المادى على الجوهر المخدر، بغض النظر عن الباعث على الإحراز يستوي في ذلك أن يكون الباعث هو معاينة المخدر تمهيداً لشرائه أو أى أمر آخر طالبت فترة الإحراز أم قصرت (٧٢). فيستوى أن يكون الإحراز أصلياً ثابتاً أو عرضياً، فمتى وجد المخدر بحوزة الشخص وعلم المحرز بأن المادة مخدرة يحق للعقاب عليه (٧٣) ولا يلزم لتوافر ركن الإحراز أن تضبط المادة المخدرة مع المتهم، بل يكفي أن يثبت أن المخدر كان معه بأى دليل بشرط أن يبنى إقتناع المحكمة على اليقين (٧٤) فمناطق المسؤولية في حالتى الحيازة والإحراز هو ثبوت إتصال الجانى بالمخدر إتصالاً مباشراً أو بالواسطة، وبسط سلطانه عليه بأية صورة عن علم وإرادة، إما بحيازة المخدر حيازة مادية أو بوضع اليد عليه على سبيل الملك والاختصاص ولو لم تتحقق الحيازة المادية (٧٥) وليس من الضروري معرفة مصدر المادة المخدرة، ولا أهمية لكمية المخدر المضبوطة مهما تكن ضئيلة بشرط أن يكون له كيان محسوس يكفي لتوافر ركن الحيازة والإحراز (٧٦) وتعتبر حيازة وإحراز المواد المخدرة جريمتين مستمرتين بغض النظر عن المدة التى ظل المتهم حائزاً أو محرزاً للمخدر (٧٧).

٥ - التقديم للتعاطي وتسهيل التعاطي:

نص نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودي فى المادة (٢٤) الفقرة الخامسة رقم واحد على تحريم التقديم للتعاطي أو تسهيل التعاطي^(٧٨). إذ أن هذا الفعل أخطر من مجرد التعاطي، فمستهلك المواد المخدرة هو أقل خطورة من صور الاتصال جميعا الذى يكون ضحية الاثمان. فماذا يعنى النص بمصطلح التقديم وتسهيل التعاطي.

التقديم للتعاطي:

يقصد بالتسهيل تمكين الغير بدون حق من تعاطي المخدر، أن تسهيل التعاطي ينصرف إلى الأحوال التى يعين فيها الجاني شخصا آخر على تعاطي المواد المخدرة، كتقديم المساعدة المادية أو المعنوية الى شخص لتمكينه من التعاطي، أيا كانت طريقة المساعدة، يستوى فيها أن تكون بنشاط إيجابى أو نشاط سلبى، كالطبيب الذى يعطى أحد المدمنين تذكرة طبية لصرف مادة مخدرة دون أن يكون مريضا، أو كان الفاعل ملتزما بواجب نظامى يحول دون وقوع التعاطي إلا أنه لم يلتزم بذلك قاصدا تمكين الغير من تعاطي المخدر، مثل رجل الشرطة الذى يشاهد أشخاصا يتعاطون المخدر فى مكان يتولى حراسته فيتغاضى عنهم بقصد تمكينهم من إقتراف جريمتهم، فتحقق الجريمة بالحالة الأولى بنشاط إيجابى، والثانية بنشاط سلبى، وفى كلا الحالتين لابد من إتمام التعاطي حتى تقوم به الجريمة. أما الشخص العادى الذى يشاهد بعض الأشخاص يتعاطون المواد المخدرة فيتغاضى عنهم أو يستجيب لتوسلاتهم بعدم إبلاغ السلطات، فلا يعد فى هذه الحالة مرتكب لجريمة تسهيل التعاطي^(٨١) وتقع الجريمة سواء كان التسهيل بمقابل

أو بدون مقابل^(٨٢) فإذا لم يقع التعاطى فلا يعد الفاعل مسئولاً عن هذه الصورة من السلوك، وإن إنطبق على فعله صورة الإحراز المجرمة نظاماً إذا توافر الركن المعنوي.

ويتحقق القصد الجنائي بالنسبة لهذه الجريمة بعلم الجاني أن فعله يسهل التعاطى، ولا أثر للبواعث على التسهيل في قيام الجريمة، ومن ثم لا حرج على القاضي من إظهار هذا العلم من ظروف الدعوى وملابساتها على أي نحو يراه مؤدياً إلى ذلك^(٨٣).

٦- التعاطى أو الاستعمال الشخصي:-

نص نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودي على تجريم هذا الفعل في المادة ٢٥ منه^(٨٤) والتعاطى أو الاستعمال الشخصي يقتضى بالضرورة توافر الحيازة أو الإحراز كما وضحه سابقاً يزيد على ما تقدم ضرورة توافر باعث خاص هو غرض التعاطى أو الاستعمال الشخصي الذي يستطيع قاضي الموضوع أن يستخلصها ويقررها من ظروف الدعوى المطروحة عليه،^(٨٥) والحقيقة أن مستهلك المواد المخدرة هو أقل الأفراد خطورة من صور الاتصال جميعاً، لأنه يكون ضحية الإدمان لذلك في كثير من الأحيان تقوم الجهات المختصة بإيداع المتعاطى المدمن المستشفيات المتخصصة لعلاجيه من هذا الداء الخطير وتأهيله كي يعود مواطناً صالحاً أهلاً لتحمل مسؤوليته داخل المجتمع.

٧ - التصرف فى المخدر لغير الغرض الشرعى:

نص نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى فى المادة (٢٤) فقرة (١١) منه على تجريم هذا النوع من الأفعال^(٨٦) الذى لا يقع إلا من الأشخاص المرخص لهم نظاما الاتصال بالمواد المخدرة، إذ يعد تصرفا محظورا للبيع والتبادل والهبة والرهن وغيرها من التصرفات، أما مجرد إهلاك المادة المخدرة أو إتلافها أو تعاطيها فلا يعد تصرفا يخضع لهذه الفقرة من التجريم (٨٧) فالشخص الذى رخص له النظام حيازة المخدر وإستعماله إذا لم يلتزم بإستعمال المخدر فى الأغراض التى حددها النظام وبأية صورة كانت يتعرض للتجريم والى قاقب، كبيع الصيدلى المادة المخدرة لأحد الأشخاص دون وصفة طبية تخوله الحصول على المخدر، أو يصرف له أكثر مما هو موصوف بالتذكرة، أو أن يسمح لأحد معارفه تناول المخدر بقصد تمكنه من تعاطيها، سواء كان ذلك بمقابل أو بدون مقابل، كذلك يعاقب الطبيب الذى يعطى تذكرة طبية لشخص سليم ليس بحاجة لمخدر، فالصيدلى والطبيب فى تلك الحالات يقع تحت طائلة النظام. وينطبق هذا النص أيضا على رجال مكافحة المخدرات الذين يضبطون المواد المخدرة والموظفين المنوط بهم إتلافها إذا تصرفوا فى المخدر فى غير الغرض الذى من أجله وضع بين أيديهم.

٨ - مرور المواد المخدرة بطريق الترانزيت:

نص نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى فى المادة (٩) منه على تجريم مرور المواد المخدرة عبر الأراضى السعودية إذا لم تكن هذه الارسالية مصطبحة صورة رخصة تصدير الارسالية^(٨٨) والواقع أن هذا

النظام هو أول من يبادر الى تجريم هذه الحالة بالنسبة للتشريعات العربية الأخرى، وإن كان من الممكن تجريئها بدون نص، نظرا لوقوع الجريمة داخل إقليم الدولة، إستنادا إلى مبدأ الاقليمية، إلا أن هذا المسلك يعد محدودا لأنه يسد كل منفذ قد ينفذ منه مهربوا المخدرات لنشر سمومهم فى المنطقة.

المطلب الثانى

الركن المعنوى

الركن المعنوى للجريمة إرادة إجرامية، وتستمد هذه الإرادة تلك الصفة الاجرامية من إتجاهها إلى تحقيق ماديات غير مشروعة، فالركن المعنوي يمثل الأصول النفسية لماديات الجريمة والسيطرة النفسية عليها، إذ أن هذه الماديات لا تهم المقنن إلا إذا صدرت عن إنسان يسأل عنها ويحمل العقاب المقرر لها. فلا يسأل الشخص عن الجريمة ما لم تقم علاقة بين مادياتها ونفسيته^(٨٩). ان جرائم المخدرات من الجرائم العمدية يكفى لقيامها توافر القصد العام، الا فى حالة اشتراط النظام بالنسبة لبعض الجرائم التعزيرية توافر القصد الخاص، هذا وسوف نبين فيما يلى، القصد العام ثم القصد الخاص الذى يعتد به نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة.

القصد العام:

تحقق القصد العام يفترض توافر عنصران هما العلم والارادة.

أ- العلم:

العلم الذى يجب توافره لدى الجانى ليقوم عليه القصد، هو العلم بالفعل المادى وخطورته ومكان وزمان ارتكابه، والصفة التى يتطلبها النظام فيه، وتوقع النتيجة وعلاقة السببية حتى يمكن اعطاء الواقعة وصفها النظامى. (٩٠) فالعلم بأن المادة التى يحرزها الجانى أو يحوزها مخدرة غير مفترض، لذا ينبغى أن يقيم حكم الادانة عليه من واقع الدعوى المطروحة (٩١) أما العلم بتجريم المواد المخدرة نظاما فقد افترض للنظام العلم به (عدم جواز الاعتذار بالجهل بالنظام) اذ أن العلم بعدم المشروعية الجنائية غير لازم لقيام القصد الجنائى، ذلك أن عدم المشروعية هو حكم على الواقعة يتم خارج نطاق الفرد ولا يتوقف على علمه أو ارادته (٩٢) والعلم الذى يعتد به بالنسبة لهذه الجريمة يكفى فيه أن المتهم يعلم أن ما يحزره جوهرًا مخدرًا حتى لو دفع انتمهم أنه كان يجهل أن لها مفعولا مخدرا، وينتفى القصد الجنائى متى ما أثبت المتهم حسن نيته وكانت مشروعية اعتقاده، مبنية على أسباب معقولة، كمثّل من تصرف له وصفه طبية تحتوى على مخدرات ثم يتضح بعد ذلك أن الطبيب ليس الا ممرضا، فهنا القصد الجنائى منتفى لاعتقاد الجانى مشروعية فعله، ولا حرج على القاضى فى استظهار هذا العلم من ظروف الدعوى وملايساتها على أى نحو يراه، اذ أن العبرة فى الاثبات فى المواد الجنائية هى باقتناع القاضى واطمئنانه الى الأثلة المطروحة عليه (٩٣).

ب - الإرادة:-

نعنى بالإرادة أى إرادة تحقيق النتيجة الاجرامية وإرادة كل واقعة تعطى الفعل دلالة الاجرامية^(٩٤). والإرادة التى يعتد بها النظام هى تلك الصادرة عن شخص كامل التمييز، أى قادر على فهم ماهية الفعل وطبيعته وتوقع الآثار التى من شأنه إحداثها، أى يكون قد لُتّى فعله عن حرية، أى يكون الجانى حراً فى تحديد الوجهة التى تتخذها إرادته، ومتى ما انتفى أحد هذين الشرطين أصبحت الإرادة غير معتد بها لوجود مانع من المسؤولية الذى تتجرد فيه الإرادة من القيمة القانونية فتحول دون المسؤولية العقابية، الا أنها لا تحول دون توقيع التدابير الاحترازية، كصغر السن^(٩٥)، والجنون أو عاهة العقل، أما اذا اكراه الشخص على ارتكاب الجريمة نتيجة تعرضه لتهديد بأحداث ضرر لا يمكن مقاومته الا بارتكاب السلوك الاجرامى، فهنا ينتفى الركن المعنوى لأن الاكراه ينقص من حرية الاختيار التى تجرد الإرادة من القيمة القانونية، ومن ثم تنتفى المسؤولية الجنائية. وكذلك بالنسبة للشخص الذى تهدده بالخطر مجموعة من الظروف وتوحى اليه بطريق الخلاص منها بارتكاب الفعل الاجرامى (الضرورة) فالاضطرار ينفى المسؤولية الجنائية للفاعل، كالوقوع فى مخدعة (المجاعة) مثل التائه فى الصحراء أنهكه الجوع وأشرف على الهلاك فلا يجد أمامه سوى شجرة قات فيتعاطى بعض أوراقها. وهذا ما أقرته الشريعة الاسلامية فى كثير من أحكامها كقوله تعالى (ومن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه)^(٩٦) وقوله تعالى (وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم)^(٩٧) وقوله تعالى (فمن اضطر فى مخدعة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم)^(٩٨) وحديث الرسول صلى الله عليه وسلم (عفى لامتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) ولا عبرة فى قيام القصد

بالباعث على ارتكاب الجريمة أو الغرض الذى توخاه الجانى من ارتكابه للفعل^(٩٩).

القصد الخاص:-

القصد الخاص يقوم على العلم والارادة شأنه فى ذلك شأن القصد العام، ولكنه يمتاز بأن العلم والارادة لا يقتصران على أركان الجريمة وعناصرها، وإنما يمتدان بالإضافة الى ذلك لوقائع ليست فى ذاتها من أركان الجريمة، وتلك الوقائع هى التى تكون القصد الخاص.

فهذا الأخير لا يختلف عن القصد العام فى طبيعته وإنما يختلف عن فى الموضوع الذى يتعلق به العلم والارادة، واختلاف الموضوع وهو النية الخاصة تضيفها أحكام النظام، وبهذه النية الخاصة يقوم القصد الخاص^(١٠٠) كاشتراط النظام قيام قصد التداول، أو قصد التعاطى، أو قصد التقديم للتعاطى لتسهيله للغير أو قصد الاتجار. فهنا يكفى لقيام الجريمة مجرد توافر الحيابة المادية وعلم الجانى بأن ما يحرزه مخرجا محظورا، وتوافر القصد الخاص لدى الجانى له من الأهمية فى تكييف الجريمة، وعليه وجب أن يبين الحكم القصد الخاص من الجريمة التى يمكن الاستدلال عليها من أحوال المتهم وظروف الدعوى. وانتفاء القصد الخاص لا يخرج الفعل المادى الى دائرة الاباحة بل يبقى القصد العام للجريمة، ويعاقب على الحيابة أو الاحراز فى صورة القصد العام^(١٠١) إلا أن القصد الجنائى ينتفى متى كان المتهم قد ارتكب الفعل نتيجة اكراء معنوى كوقوعه تحت تهديد، لأن ارادته تكون فى مثل هذه الحالة معيبة وعندئذ لا يمكن أن تكون محلا للمساءلة كما بينا آنفا.

الفصل الثانى العقوبة

تمهيد:-

نعرضنا فى الفصل الأول لحكم الشريعة الاسلامية فى المخدرات، وهو التحريم واعتبار الجرائم الخاصة بها من جرائم التعازير التى يحق لولى الأمر أن يقدر العقوبة عليها حسب ما تقتضيه المصلحة العامة، ولما كانت المملكة العربية السعودية من الدول الاسلامية التى تطبق الشريعة الاسلامية فى أنظمتها المختلفة، ومنها النظام العقابى، لذا سوف نتعرض للعقوبة فى الشريعة الاسلامية فى مبحث أول والعقوبة المفروضة فى نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى فى مبحث ثانى على النحو الآتى:

المبحث الأول

عقوبة جرائم المخدرات فى الشريعة الاسلامية

اتفق الفقهاء المسلمين على حرمة المخدرات فى الشريعة الاسلامية ووجوب معاقبة مرتكبى الجرائم المتعلقة بها، وذلك باعتبار الأفعال المسهلة لها من اتجار وتقديم وتسهيل تقديم واحراز وحيازة وتعاطى لها من الجرائم التعزيرية التى يترك تقدير عقوبتها لولى الأمر حسب ما تقتضيه المصلحة العامة. الا أنهم اختلفوا فى نوع عقوبة متعاطى المخدر، هل هى حد السكر أو التعزير. هذا ماسنعرضه فى مطلبين على النحو الآتى:

المطلب الأول

عقوبة حد السكر

قال شيخ الاسلام ابن تيميه (١٠٢) امام الحنابلة فى عصره الى وجوب لقامة الحد على أكل الحشيشة والأفيون لأنهما مسكرتان وتستهيما النفوس، فيجب أن يحد متناولها كما يحد شارب للخمر، وهى أخبث من الخمر من جهة أنها تقسد العقل والمزاج حتى يصير فى الرجل تخنث - وغير ذلك من الفساد، وأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة وهى داخلة فيما حرمه الله ورسوله من الخمر والمسكر لفظا ومعنى. كما قال ابن حجر الهيئى الشافعى، (١٠٣) أن الحشيشة المعروفة حرام كالخمر يحد أكلها كما يحد شارب الخمر وهى أخبث من الخمر لأنها تقسد العقل والمزاج وكذا متعاطى البنج والأفيون وغيرهما لأن أكلها ينتشى ويشبهها كالخمر وأكثر حتى لا يصير عليها.

ويستند أصحاب هذا رأى الى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (كل مسكر حرام) فما يسكر من المخدرات يعطى حكم الخمر، فيقام على متعاطيها الحد بجلده ثمانين جلده أو أربعين قياسا على شرب الخمر لوجهه تغطية العقل فى كل منهما.

المطلب الثاني عقوبة التعزير

يختلف الحنفية في الحكم على تعاطي المخدرات تشديدا أو تخفيفا، وليس في التخفيف أدنى من إباحة القدر اليسير بدون قصد اللهو والباطل، وليس في التشديد حكم بحد المتعاطي. وكلهم مجمعون على حرمة التخدير والسكر، وإن الخلاف في القليل كان قبل ظهور مفسدها، فلما ظهرت أجمعوا على حرمة القليل والكثير.

يقول الامام الترمذى (١٠٤) ان أكل الحشيش والأفيون حرام، ولا حد فيه بل يعزر بما دون الحد لأن حرمتها دون حرمة الخمر، فالشرع أوجب الحد بالسكر في المشروب لا المأكول.

أما الفقه المالكي (١٠٥) فقد اتفق على منع كثيرها المغطى للعقل وما لا يغطى من المسكر، فمثل المغطى في التجريم (ما أسكر كثيره فقليله حرام) كمثل الخمر. وانتهوا الى أنه لا يجب الحد في تعاطي المخدرات وإنما فيه التعزير لأن الحد مختص بالماعتات.

كذلك المتأخرون من الشافعية (١٠٦)، يرون بعدم وجوب الحد في تعاطي المخدرات، فالمخدر عندهم كله حرام قليله وكثيره ولا حد فيه، بل فيه التعزير الزاجر لا فرق بين مخدر وآخر، لأنها ليس فيها الشدة المطربة لهذا قالوا ان

المخدرات اذا اذيت بحيث تقذف بالزبد وتطرب صارت كالخمر في وجوب الحد(١٠٧).

نخلص من كل ما تقدم أن أكثر الفقهاء المتأخرين عاقب على تعاطي المخدرات بعقوبة تعزيرية يترك تحديد نوعها ومقدارها لولى الأمر حسب ما تقتضيه المصلحة وليست حد السكر مستندين في ذلك الى:-

١- أن الشرع أوجب حد السكر في المشروب المانع للمسكر، وليست المخدرات كذلك.

٢- أن المعتبر في الخمر التي توجب الحد للشدة المطربة والنشوة، والمخدرات الجامدة لا تحدد، النشوة والطرب، كما في الخمر والمسكر، فلم يقيسوا المخدرات على المسكرات في اثبات الحد، لأن القياس في اثبات الحد محل خلاف، فوجب الاقتصار على مورد النص(١٠٨).

أما سندهم في وجوب التعزير، فهو أن تناول المخدرات ذنب ومعصية لم يرد فيها حد مقرر أو كفارة، وكل ما كان كذلك وجب فيه التعزير(١٠٩) وهذا ما نرجحه لأن الحدود مسمأة من الشارع والعقوبات عليها مقدرة، لما بنص في القرآن الكريم أو بقول أو فعل من الرسول صلى الله عليه وسلم، كان إثبات القول بدخول تعاطي المخدرات في التعازير هو الأولى والأحوط في العقوبة باعتبار الخمر تطلق على الأشربة المسكرة، واذ دخل تعاطي المخدرات ضمن المنكرات التي يعاقب بالتعزير كان للسلطة المنوط بها وضع الأنظمة تقنين ما تراه من عقوبات على الاتجار فيها أو تعاطيها تعزيراً(١١٠).

ونرى أنه لا يجوز الاختصار في التعزير على ما دون حد السكر، بل يفوض ولى الأمر تقدير ذلك، فإذا رأى أن المصلحة العامة تقتضى التعزير بالزيادة على حد السكر كان له ذلك، لأن باب التعزير واسع يستطيع ولى الأمر عن طريقه أن يفرض من العقاب ما يكون كافياً للزجر مانعاً للجرم لأن الشريعة لم تحدد له عقوبة معينة، وإنما هو يقوى ويضعف بسبب عظم الجناية وصغرهما^(١١١).

المبحث الثانى

العقوبة فى نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى

تمهيد:-

ان المملكة العربية السعودية حريصة على تطبيق الشريعة الاسلامية فى انظمتها المختلفة ومنها الانظمة العقابية. فتحكم كتاب الله واقامة الحدود بحسب ما ورد ذكره فى الشرع الاسلامى وما يقتضى به كبار العلماء من مستجدات مستدين فى احكامهم على القرآن والسنة الاجماع. ولقد أنشأت ادارة للبحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد وفيها مجلس لهيئة كبار العلماء يعرض عليه كل امر يحتاج الى فتوى.

وكما يتضح لنا من حكم الشريعة الاسلامية أن جرائم المخدرات من الجرائم التعزيرية التى يترك تقدير العقوبة فيها لولى الأمر الذى لا تكون له الحرية المطلقة فى فرضها، وإنما يستند فى فرضها على الكتاب والسنة والإجماع، ويشترط أن تحقق العدالة بأن تكون متناسبة مع أثر الجريمة،

ويتحقق في فرضها الزجر والتمتع. وتلاحظ على التطوير التشريعى لنظام منع الاتجار بالمواد المخدرة أن ولى الأمر حلول فى النظم السابقة معالجة هذه المشكلة بعقوبات مختلفة إلا أنها لم تردع المجرمين. لذلك نص فى التعديل الأخير على عقوبات أشد تصل إلى عقوبة القتل بحق مهربي المخدرات، واستند فى ذلك إلى الفتوى الصادرة من إدارة البحوث العلمية والإفتاء الذى اتخذ قراره رقم ١٣٨ فى ١٤٠٧/٦/٢١ هـ المتضمن تطبيق عقوبة القتل بحق مهربي المخدرات (١١٢) وتأكيد عقوبة التعزير بالنسبة لمروجى المخدرات وقد استند المجلس فى فتواه على نص الآية الكريمة (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم) (١١٣).

هذا وسوف نستعرض العقوبات التى فرضها نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة الأصلية والتجعية والتكميلية ضد مرتكبى جرائم المخدرات سواء منهم المهرب أو المروج أو المتعاطى. وذلك على النحو الآتى:

المطلب الأول للعقوبات الأصلية

هى الجزاء الأساسى للجريمة ولا توقع إلا إذا نطق بها القاضى وحدد نوعها ومقدارها. وقد نص نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى على العقوبة الأصلية بالنسبة للمهرب، المروج، المتعاطى على النحو الآتى:

أولاً : المهرب

صدر الأمر السامى رقم ٩٦٦٦/ب/٤ بتاريخ ١٤٠٧/٧/١٠ هـ الذى نص فى مادته الأولى على أنه (بالنسبة لمهربى المخدرات فإن عقوبته القتل لما يسببه تهريب المخدرات وإدخالها البلاد من فساد عظيم لا يقتصر على المهرب نفسه وأضرار جسيمة وأخطار بليغة على الأمة بمجموعها، ويلحق بالمهرب الشخص الذى يستورد أو يتلقى المخدرات من الخارج ويمون بها المروجين).

نستخلص من هذا النص أن النظام قد أوقع أشد العقوبات وهى الإعدام على من ثبت عليه الاتجار بالمواد المخدرة، والتجارة فى المفهوم القانونى معناها أوسع وأشمل من معناها لدى علماء الاقتصاد، فهو لا يفرق بين التجارة والصناعة فكل رب صناعة هو تاجر نظاماً^(١١٤) وعليه فالنص يشمل أيضاً كل من قام بتصنيع المواد المخدرة، وكذلك من قام بزراعة المخدرات، نرى أن النص الخاص بالزراعة يقتصر على زراعة الجنزفورى فقط وكان الأولى أن ينص على تجريم زراعة كافة أنواع المخدرات.

ويتحقق الاتجار سواء كان تقديم المخدر للغير بمقابل وحصل فعلا على هذا المقابل أو لم يحصل، فمن يوزع عينة من مادة مخدرة على بعض المدمنين بقصد ترغيبهم بها وحثهم على شرائها يكون قصد الإتجار قد توافر لديه. ويتحقق أيضا الإتجار لدى من يقدم المادة للمخدرة كرشوة إلى موظف نظير الحصول على منافع معينة، سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة^(١٥) لا فرق بين من قام بالتجارة بالمواد المخدرة بنفسه أو اشترك مع غيره في أى طريق من طرق المشاركة.

ثانيا: المروج

نص الأمر السامى رقم ٤/ب/٩٦٦٦ بتاريخ ١٤٠٧/٧/١٠ هـ فى مادته الثانية على أنه (بالنسبة لمروجى المخدرات فقد أكد المجلس قراره رقم ٨٥ بتاريخ ١٤٠١/١١/١١ هـ على أن من يروج المخدرات فإن كان للمرة الأولى فيعزر تعزيرا بليغا بالحبس أو الجلد أو الغرامة المالية أو بها جميعا حسب ما يقتضيه النظر القضائى، وإن تكرر منه ذلك فيعزر بما يقطع شره عن المجتمع ولو كان بالقتل، لأنه بفعله هذا يعتبر ممن تأصل الإجرام فى نفوسهم).

وفق هذا النص، للعقوبة التى تطبق على مروجى المخدرات هى عقوبة تقديرية ترك ولى الأمر تحديدها للقضاء سواء كان ذلك بالحبس أو الجلد أو الغرامة المالية أو بها جميعا حسب تقدير القاضى الذى يجب عليه فى إختياره للعقوبة أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف التى تحيط بالجريمة

والمجرم، والتي قد تقتضى التشديد أو التخفيف أو الاعفاء من العقاب (١١٦) إذ أن فرض العقوبة على المجرم غرضها الأساسى للتأديب والاصلاح والزجر - وتشد العقوبة التى قد تصل إلى الاعدام إذا علود المروج لارتكابه الجريمة بعد الحكم عليه نهائيا بالإدانة، لأنه يعبر عن خطورة إجرامية للجاني لم يفلح للحكم السابق فى إزالتها، وهو ظرف شخصي يتعلق بشخص الجاني ولا يسرى إلا فى مواجهة من توافر فى حقه دون غيره من الفاعلين أو للشركاء).

ثالثاً: المتعاطى:

نصت المادة الرابعة من نظام منع الإتجار بالمواد المخدرة المعدل سنة ١٣٧٤ هـ على أنه (كل من يثبت عليه لدى المحاكم المختصة تعاطى شئ من المخدرات يعاقب بما يلى:

- ١ - بالسجن لمدة سنتين.
- ٢ - يعزز بنظر المحكم الشرعى.
- ٣ - بعد تطبيق أحكام الفترتين (١، ٢) عليه، يجازى أيضاً بإبعاده عن البلاد إن كان أجنبياً.

إنجبه النظام السعودى إلى تجريم التعاطى وذلك لحماية مصلحة الدولة فى الحفاظ على كيان الأسرة وسلامة أفراد المجتمع. حيث فرض النظام عقوبة أصلية على المتعاطى هى السجن لمدة سنتين مع الحكم عليه بعقوبة تعزيرية كالجلد، والتي يترك تقديرها للقاضى حسب القضية المعروضة أمامه والظروف التى ألمت بالمحكوم عليه. وفى كثير من الأحيان يودع المتعاطى

المدمن المستشفيات المتخصصة لمعالجه وتأهيله كى يعود مواطنا صالحا. والواقع أن التدخل التشريعى لزاء مشكلة تعاطى المخدرات يختلف باختلاف نظرة المجتمع لزاء المتعاطى، فالبعض يعتبره أثما فى حق نفسه وحق المجتمع ومن ثم يستحق العقاب، بينما للبعض الآخر يعتبره مريضا وضحية لضغوط نفسيه وبينية أقوى من ارادته ومن الواجب معالجته من مرضه. ورأى آخر يرى أنه آثم ومريض فى نفس الوقت مما يتعين معاقبته مقابل ارادته المذنبة، ومعالجته كى يشفى من ادمانه، الا أننا نرى اجماع النظم وخاصة فى المنطقة العربية على معاقبة المتعاطى، لأن تعاطى المخدر بمثابة اعتداء المتعاطى على سلامة جسمه وحياته وهذا الاعتداء يجرمه النظام، لأن الضرر لا يقتصر على المتعاطى فحسب وانما يشمل المجتمع أيضا باعتباره أحد أفرادها، لذا كان تجريم للتعاطى اجراء وقائيا للحد من اقبال الأشخاص على التعاطى(١١٧) كما أن العقوبة تمثل مانعا من ارتكاب الجريمة لدى الكثير ممن تهتز لديهم فى ظروف معينة القيم والمثل الدينية والخلقية، واذا لم تؤثر العقوبة بالنسبة للمتعاظى فانها تباشره بالنسبة لغيره عند تنفيذها(١١٨).

المطلب الثانى

العقوبات التبعية والتكميلية

الى جانب العقوبات الأصلية المقررة لجرائم المخدرات، فقد ورد فى النظام عقوبات تبعية واخرى تكميلية نستعرضها بإيجاز على النحو التالى:

أولاً : العقوبات التبعية:

وهي تلك العقوبة التي تترتب على الحكم بالعقوبة الأصلية دون الحاجة لأن ينص عليها في الحكم الصادر بالادانة، فهي تتبع العقوبة الأصلية، وتنفذ بقوة النظام ومنها للفصل وجوباً من الوظائف العامة متى ما حكم عليه بالسجن أكثر من سنة وجوازا إذا كانت أقل من سنة، وكذلك يحرم من إدارة أمواله، ومن عضوية المجالس المحلية واللجان العامة. وتهدف هذه العقوبات إلى التضييق من دائرة نشاط المحكوم عليه الذي يعبر عن عدم ثقة المجتمع فيه، وهذا عقوبة لا تقبل التجزئة فهي توقع مجتمعة ولا يستطيع القاضي أن يقرر تجزئتها وحرمان المحكوم عليه من بعض الحقوق دون البعض الآخر (١١).

ثانياً : العقوبات التكميلية:

لا تقوم هذه العقوبات وحدها وإنما تلحق العقوبة الأصلية إلا أنها لا تنفذ إلا إذا نص عليها صراحة في الحكم، وهي الغرامة، والمصادرة، والإغلاق، ونشر الحكم.

١ - الغرامة: هي عقوبة نقدية تلزم المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزانة الدولة المبلغ المقدر في الحكم. إن نظام منع الإتجار بالمواد المخدرة لسنة ١٣٥٣ هـ نص على عقوبة الغرامة فرضت بالجنيه مع العلم أن العملة الرسمية في البلاد الريال، وهذا ما تلافاه المقتن في تعديله للنظام سنة ١٣٧٤ هـ حيث فرض عقوبة الغرامة بالريال السعودي كعقوبة أصلية وجوبية في الفقرة (ج) من المادة الأولى، (١٢) كما نص في التعديل

الأخير للنظام عام ١٤٠٤ هـ على عقوبة الغرامة كعقوبة أصلية جزائية في المادة الثانية من النظام الخاص بمروجي المخدرات (١٢٢).

والجديد الذي جاء به هذا التعديل أنه لم يجعل لمبلغ الغرامة المحكوم بها حدا أدنى أو أعلى بحيث لا يجوز للقاضي أن يخرج عن كلا الحدين في حالة الحكم بالإدانة، وإنما ترك أمر تحديد السلطة التقديرية له، بحيث يستطيع أن يفرض الغرامة التي يرى أنها تؤلم المتهم وتحول دون رجوعه إلى ارتكاب فعلته مرة أخرى، وبنفس الوقت تردع غيره من ضعاف النفوس بجعلهم أمام خطر فقد أموالهم.

٢ - المصادرة: يقصد بها نقل ملكية مال أو أكثر إلى الدولة، ولها أن تنصرف فيه على أي وجه تراه.

نصت المادة (٢٩) من نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة على المصادرة في أنه (يحكم في أحوال المخاطر حسب هذا النظام بمصادرة الجواهر المخدرة المضبوطة، وكذلك الأدوات التي تضبط في المحلات التي ارتكبت فيها جريمة معاقب عليها، إذا كانت هذه الأدوات ذات صلة بالمواد الممنوعة بمقتضى هذا النظام أو تكون قد استعملت في ارتكابها). كما نصت المادة (١) فقرة (ج) من النظام المعدل لسنة ١٣٧٤ هـ على مصادرة المواد المهربة أيضا.

إن المصادرة هي عقوبة تكميلية وجوبية، أي أن القاضي يلتزم بالحكم بها والنص عليها في حكم الإدانة ويترتب على ذلك أنه إذا أغفل الحكم النص

عليها فهو حكم معيب، ولا يمكن تنفيذ المصادرة إلا إذا حدث تصحيح لهذا الحكم من الهيئة التي أصدرت الحكم.

ونعني بالمصادرة هنا مصادرة الجواهر المخدرة، ولا تجوز المصادرة إذا كانت حيازة المادة المخدرة جريمة بالنسبة لمن ضبطت معه فقط، ولكنها مباحة لمالكها أو حازتها الأصلي، فمثلا لا تصادر المادة المخدرة إذا وجدت مع شخص سرقها من صيدلي يحوزها بترخيص إذ في هذه الحالة يجب ردها إلى حازتها الأصلي (١٢٣).

كذلك تصادر الأدوات التي تستخدم في حفظ المخدرات أو وزنها أو إنتاجها أو تعاطيها، ووسائل النقل المضبوطة التي استخدمت في ارتكاب الجريمة، بأن أعدت فعلا لنقل المخدر أو إخفائه، كأن يكون الجاني قد أخفى المخدر في أحد أجزاء السيارة، أما إذا كان الجاني قد حمل المخدر في طيات ملابسه وركب السيارة، فلا تعد والحالة هذه وسيلة نقل للمخدر، هذا ويجب ألا تضرر المصادرة بحقوق الغير حسن النية إذا لم يكن فاعلا أو مشتركا فيها كمالك السيارة التي كان سائقها قد أخفى المخدر فيها (١٢٤). إذ يجب أن يكون حق الغير ثابتا على الشئ، وإذا كانت هذه الأشياء المذكورة من التي يعد صنعها أو استعمالها أو حيازتها أو بيعها أو عرضها للبيع جريمة في ذاته، وجب الحكم بالمصادرة في جميع الأحوال، ولو لم تكن تلك الأشياء ملكا للمتهم، وهذا تدبير عيني وقائي ينصب على الشئ في ذاته لإخراجه من تلك الدائرة لأن أسبابها رفع الضرر أو رفع الخطر من بقائها

فى يد من يحرزها أو يحوزها ويحكم بالمصادرة حتى لو إمتنع عقاب المتهم لأى سبب متى ثبت أنها إستخدمت فى إرتكاب الجريمة.

٣ - إغلاق المحل: نصت للمادة (٢٨) من نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة لسنة ١٣٥٣هـ على أن (تغلق الصيدلية والمحل المرخص له بالاتجار بالجواهر المخدرة، مدة تقابل بقاءه فى الحبس إذا كان الجانى صاحب صيدلية أو محل مرخص له بالاتجار بالجواهر المخدرة ونهائيا فى حالة تكرار وقوع الجريمة وذلك: -

١ - فى حالة صرف جواهر مخدرة بدون تذكرة طبية أو بكمية تزيد عن الكمية المرخص بها فى هذا النظام إذا كان الجانى صاحب صيدلية أو تاجر عقاقير.

٢ - إذا وجدت فى الصيدلية أو فى المحل كميات من المخدرات تزيد أو تنقص عن الكميات الناتجة أو التى تنتج من القيد فى الدفاتر الخصوصية المنصوص عليها فى هذا النظام.

بناء على هذا النص يحكم بإغلاق المحل المرخص له بالاتجار أو الصيدلية فى حالة المخالفة المنصوص عليها مدة تقابل المحكوم بها على المتهم، وفى حالة العود يكون الإغلاق نهائيا، وتعتبر هذه العقوبة تكميلية وجوبية، والنص على إغلاق المحل الذى وقعت فيه الجريمة لم يشترط أن يكون مملوكا لمن تجب معاقبته على الفعل الذى إرتكب فيه، ولا يعترض على ذلك بأن العقاب شخصى، لأن الإغلاق ليس عقوبة مما يجب توقيعها على من إرتكب الجريمة دون غيره، وإنما هو فى حقيقته من التدابير

الوقائية التي لا يحول دون توقيفها أن تكون آثارها متعددة إلى الغير، ولا يجب إختصاص المالك في الدعوى عند الحكم بإغلاق متى كان الحكم قد صدر على أساس أن مرتكب الجريمة في المحل المحكوم بإغلاقه إنما كان يباشر عمله فيه بتكليف من صاحبه. فالغلق إجراء غير شخصي ومن ثم يتعدى أثره إلى كل من إستغل أمواله في المحل (١٢٥).

ونرى أنه يجوز لمالك المحل المحكوم بإغلاقه متى ثبت عدم مسئوليته عن الجريمة أن يطلب من الجهة الإدارية تمكينه من إستعمال الرخصة التي تخول له مزاولة عمله متى إستطاع إثبات نفي شبهة الإهمال في سلوكه، والذي أدى إلى وقوع الجريمة،

٤ - نشر الحكم: إن نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودي لم يشر إلى عقوبة نشر الحكم في الصحف المحلية إلا أنه توجد مذكرة رقم ١٩ من ١١٣٧ في ١٧/٣/١٤٠٤ هـ من وكيل وزارة الداخلية الى مدير الأمن العام مبنية على توصيات لجنة تطوير إدارة مكافحة المخدرات للقيام بواجباتها، ومن بينها توصية تحت رقم (هـ) تفيد: (أنه من المفيد في مجال الحد من إنتشار المخدرات نشر صور كبار بعض المهربين والمروجين ممن صدرت بحقهم أحكام شديدة كالإعدام أو السجن المطول في الصحف تشهيرا بهم ليكونوا عبرة للآخرين أسوة بالمزورين والمرتشين).

إن ما تضمنته هذه المذكرة يشير إلى تطبيق عقوبة نشر الحكم كعقوبة تكميلية وجوبية تطبق على البعض ممن يرتكب جناية معاقبا عليها بالإعدام

أو الحبس المطول، لما يؤدي ذلك من ردع للمحكوم عليه بالنظر إلى مركزه في الهيئة الاجتماعية، نحن نتفق مع الرأي الذى يعامل هذه الفئة الضالة بشده وبكافة الوسائل التى تحقق غرض امتناع من تسول لهم أنفسهم الانخراط فى هذا المجال، إلا أننا نرى أن نشر الحكم قد يؤدي فى كثير من الأحيان إلى التشهير بأسرة المهرب أو المروج وما قد يصيب أفرادها من أضرار نفسية واجتماعية يصعب معالجتها لهذا نرى أن يترك تقدير أمر نشر الحكم بالنسبة للمهرب والمروج إلى السلطة التقديرية للقاضى الذى يحكم بما يراه محققا للصالح العام وتنفيذ ذلك بعد صدور الحكم نهائيا.

الإعفاء من العقوبة:

لم يورد نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة ذكرا لحالة الاعفاء من العقوبة، وإنما ترك تقدير هذه المسألة إلى الجهة المختصة حسب ظروف كل قضية على حدة، إلا أن هناك مشروعا قيد الدراسة لتقرير الاعفاء من العقوبة، ويشمل هذا المشروع إعفاء المنغمسين فى قضايا المخدرات من العقوبات إذا بادر المتهم إلى إبلاغ السلطات العامة قبل علمها، فإذا حصل البلاغ بعد علم السلطات بالجريمة يتعين للاعفاء من العقوبة أن يوصل البلاغ إلى ضبط الجناة، أى أن المتهم يكون فى موقف المبلغ عن الجريمة لا موقف المعترف عن الجريمة إلى أى جهة معينة فى الدولة بغض النظر عن الباعث الذى دفعه إلى الإبلاغ عن الجريمة، ومن ثم فإن المتهم يستفيد من الاعفاء الذى يجوز لسلطات التحقيق أن تقررره دون إحالة الأمر إلى المحكمة المختصة.

إن هذا الأمر يعد مسلکا محمودا فى حالة إقراره، إذ أن هذا الاعفاء سوف يودى إلى تشجيع المساهمين فى هذه الجرائم على كشف أمرها للسلطات، كما أنه يعدم الثقة بين أفراد العصابات. وقد صدر تعميم من وزارة الداخلية رقم ١٩/جن/١٧٤٤ فى ١١/٥/١٣٩٩ هـ بناء على صدور تعميم من وزارة الداخلية رقم ١٩/س/٢٩٦٩ فى ١/١٠/١٤٠٠ هـ إلى ضرورة مراعاة الشروط الآتية فى تنفيذ هذا القرار.

أ - تخفيف من عناهم الاستثناء

- ١ - ألا يتجاوز عمر المقبوض عليه عشرين عاما هجريا مع ضرورة التأكيد من تلك بالرجوع إلى شهادة الميلاد أو حفيظة نفوس والده أو جواز سفره أو جواز سفر والده إن لم يكن سعوديا.
- ٢ - أن يكون طالبا متفرغا للدراسة بجميع مراحلها وضرورة التثبت من ذلك بشهادة الجهة التى يتلقى دراسته لديها.
- ٣ - ألا يكون مروجاً أو مهرباً للمخدرات بأنواعها بل مستعملا للحبوب فقط.
- ٤ - ألا يكون له سوابق فى تهريب أو تزويج أو استعمال الحبوب أو أية سوابق فى جرائم أخلاقية لم تردعه عقوبتها.
- ٥ - ألا تكون تهمته باستعمال الحبوب مقترنة بجريمة أخرى أخلاقية تستدعى نظرها من قبل المحاكم والحكم فيها شرعا.
- ٦ - ألا تكون تهمته باستعمال الحبوب مقترنة بحادث مروري نتج عنه إصابات أو وفاة تترتب عليها حقوق خاصة أو عامة.
- ٧ - ألا يكون سائقا برخصة عمومية أى ممتثنا للسواقة.

٨ - ألا تكون قد صدرت منه مقاومة لرجال الملطة عند القبض عليه.
فإذا ما توافرت هذه الشروط فى الأحداث فإنهم لا يسألوا جنائيا، وإنما
يكتفى بتأديبهم وإصلاحهم ومراقبتهم بإيداعهم مؤسسات الخدمة
الاجتماعية، ويلاحظ أن هذا الإعفاء يشمل فقط من يرتكبون جريمة
تعاطى المخدرات. أما بالنسبة للمروج والمهرب فلا يسرى هذا
الإعفاء عليهما.

وبناء على هذا الاستثناء فإن الحكمة تقتضى عدم تسجيل قضية .
إستعمال المخدرات الأولى فى الأدلة الجنائية والاكتفاء بتسجيلها عليهم
بموجب إدارة مكافحة المخدرات للرجوع إليها عند القبض على أى منهم مرة
أخرى، وفى هذه الحالة تعتبر سابقة يحرم بموجبها من الاستفادة من هذا
الاستثناء مرة أخرى (١٢٦).

المكافأة:

نصت المادة (٢٢) من نظام الاتجار بالمواد المخدرة على (أن تصرف
للأشخاص الذين يضبطون جواهر مخدرة مهربية أو يسهلون ضبطها مكافأة
من جنيه إلى ثلاثين جنيها على أن تعطى هذه المبالغ التى تتحملها إدارة
الصحة من للجزاءات النقدية فى مثل هذه الأحوال).

إن تقرير المكافأة أمر محمود فى سبيل الكشف عن جرائم المخدرات
ومرتكبيها، وحافز لرجال مكافحة المخدرات وللذين يتعاونون معهم على
بذلك الجهود فى سبيل القضاء على هذه الظاهرة الإجرامية، إلا أنه يؤخذ
على هذا النص:-

- ١ - أنه فرض المكافأة بالجنيه مع أن العملة الوطنية هي الريال.
- ٢ - أن قيمة هذه المكافأة تافهة بالنسبة للمكاسب التي يحصل عليها التجار والأشخاص الذين يتعاملون بالمواد المخدرة مما لا يشجع مثل هؤلاء الأشخاص في إرشاد بعضهم عن البعض الآخر ولا في إرشاد الغير عن نشاطاتهم.

ثم صدر قرار مجلس الوزراء رقم ١٧٠ الصادر في ١٤٠٠/٩/٢٣ هـ فتدارك هذا النقص وذلك بتحويل وزير الداخلية صلاحية منح المكافأة لمن يرشد عن المخدرات أو عن زراعة نباتاتها إذا تم ضبطها نتيجة لإرشاده، وكذلك لمن يبذل مجهودا متميزا في ضبطها. إلا أن هذا القرار لم يحدد مقدار المكافأة الممنوحة، مما يعنى أن القرار ترك لوزير الداخلية سلطة تقدير مقدار هذه المكافأة حسبما يراه.

التدابير الاحترازية في جرائم المخدرات:

إن مرتكبي جرائم المخدرات يمثلون بفعالهم خطورة على المجتمع، الأمر الذي يستوجب حماية المجتمع منهم بفرض بعض التدابير الاحترازية عليهم، كإعادة الأجنبي إذا كان مرتكبا لاحدى هذه الجرائم إلى موطنه تطبيقا لنص الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة المعدل لسنة ١٣٧٤ هـ والتي نصت على (بعد تطبيق أحكام الفقرتين (١)، (٢) عليه يجازى أيضا ببيعاده عن البلاد إن كان أجنبيا).

ومنع الوطنى من السفر إلى الخارج ووضعه تحت المراقبة كما نصت الفقرة (د) من المادة الأولى من نفس النظام المعدل. كذلك فرضت على مرتكبى هذه الجرائم الحرمان من ممارسة المهنة والتي تعادل مدتها عقوبة الحبس المحكوم بها عليه، حيث نصت المادة (٢٧) من النظام على أنه (علوة على العقوبات المنصوص عليها فى هذا النظام يحكم على الجانى بمنع تعاطى مهنته أو صناعته أو تجارته تعادل مدة عقوبة الحبس المحكوم بها عليه).

الخاتمة

يتضح لنا من هذا البحث الموجز، أن الشريعة الإسلامية كان لها فضل السبق في تحريم المواد المخدرة، وبيان ضررها على العباد، ذلك أن الشارع الإسلامي راعى في جميع التكاليف الشرعية رعاية الضرورات الخمس وهي حفظ النفس والدين والعقل والنسل والمال، وبجانب هذه الضرورات تقوم التحسينات لتتم بها مكارم الأخلاق. ومن ثم لا يجوز إتيان ما يمسها من أفعال وأبرزها تعاطي المخدرات لما تخلفه من مضار لهذه المصالح الأساسية وهذا التحريم يسرى على الفاعل وعلى كل من يشترك معه في إتيان تلك الأفعال، ومن هنا كان تجريم كل ما يتصل بالمخدرات من تعاطي وتسهيل كالزراعة والجلب والترويج والتقديم للتعاطي، ولما كانت الشريعة الإسلامية هي الأساس الذي قام عليه النظام العقابي السعودي، فقد بينا الأسس التي استند عليها في تجريم المخدرات من القرآن والسنة والإجماع، ثم تعرضنا بعد ذلك لأركان جرائم المخدرات التي تتحقق بتوافر الركن المادى الذى يتكون من عنصرين الأول المخدر والثانى السلوك الانسانى. والركن المعنوى، وهو القصد الجنائى الذى يكفى فيه بالنسبة لهذه الجرائم القصد العام ما لم يشترط النظام القصد الخاص فى بعضها. ثم بينا العقوبة المفروضة على ارتكاب جرائم المخدرات فى الشريعة الإسلامية، إذ اتضح لنا بأن الشريعة اعتبرت جرائم المخدرات من الجرائم التعزيرية التى يحق لولى الأمر أن يفرض العقوبة المناسبة لها حسب ما تقتضيه المصلحة العامة، إلا أنهم إختلفوا بالنسبة لعقوبة المتعاطي، إذ فرض عليه البعض عقوبة حد السكر، والبعض الآخر أخضعه لعقوبة تعزيرية يترك تقديرها

لولى الأمر، وهذا هو الراجح، ثم بعد ذلك وضحنا العقوبات التى فرضت على ارتكاب جرائم المخدرات فى نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى، وبالرغم من أن هذا النظام حاول بموجب التعديلات التى طرأت عليه نتيجة لتطور المجتمع ولتفاقم مشكلة المخدرات، عما كانت عليه سابقاً أن يجرم مختلف الأفعال التى تتعلق بهذه الجرائم، إلا أننا نرى أن فيه بعض الثغرات التى يمكن للمقن أن يتلافها عند النظر فى تعديل النظام مستقبلاً كي يمد كل ثغرة قد ينفذ منها من يتعامل بهذه المواد المضرة للمجتمع ونرى:

١ - أنه يجب النص على تجريم فعل:

أ - كل من أنتج أو استخرج أو صنع جوهرًا مخدرًا وكان ذلك بقصد الاتجار.

ب - كل من زرع نباتًا من النباتات المخدرة، أو صدر أو جلب أو حاز أو إشتري أو باع أو نقل نباتًا من هذه النباتات فى أى طور من أطوار نموها هى وبنورها وكان ذلك بقصد الاتجار.

٢ - أن تكون الغرامة المفروضة فى كل حالة منصوص عليها محددة بحد أدنى وأقصى، مع الزيادة فى قيمتها وأن تكون مفروضة بالعملة الرسمية للمملكة العربية السعودية.

٣ - الحكم فى جميع الأحوال بمصادرة الجواهر المخدرة والنباتات المضبوطة وإعدامها، وكذلك مصادرة الأدوات ووسائل النقل المضبوطة التى استخدمت فى ارتكاب الجريمة.

٤ - النص على مصادرة الأرباح الناجمة عن الاتجار غير المشروع بالمخدرات.

٥ - تشديد العقوبة على من يحاول إستخدام الأحداث فى الاتجار أو الوساطة أو ترويج المخدرات.

٦ - تشديد العقوبة على من يحاول ترويج المخدرات فى المدارس والجامعات والنوادر والحداثق العامة التى يرتادها الشباب والأطفال.

٧ - تشديد العقوبة فى حالة العود خاصة إذا كان الجانى من الموظفين أو المستخدمين المنوط بهم مكافحة الموالد المخدرة أو الرقابة على تداولها أو حيازتها.

٨ - لاتقام الدعوى الجنائية على من يتقدم من متعاطى المخدرات من تلقاء نفسه للمصحة والعلاج.

٩ - يعفى من العقوبات كل من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات العامة عن الجريمة قبل علمها بها فإذا حصل الإبلاغ بعد علم السلطات العامة بالجريمة تعين أن يوصل الإبلاغ فعلا إلى ضبط باقى الجناة.

١٠ - النص على إتخاذ واحد أو أكثر من التدابير الملائمة للحالة المحكوم بها فى إحدى جرائم المخدرات وهى:

١ - الإيداع فى إحدى مؤسسات العمل.

٢ - تحديد الإقامة فى جهة معينة.

٣ - منع الإقامة فى جهة معينة.

٤ - الإعادة إلى الوطن الأصلى.

٥ - الحرمان من ممارسة مهنة أو حرفة.

٦ - حظر التردد على أماكن أو محال معينة.

- ١١ - الأمر بإيداع من ثبت إيمانه على تعاطي المخدرات المصححة للعلاج وجوبيا للمحكمة وتحت إشرافها بدون تحديد للمدة وذلك بناء على تقرير طبي يثبت توافر حالة الإمان.
- ١٢ - تحديد مكافأة مقطوعة أو دائمة للمشاركين في عمليات الكشف عن المروجين والمهربين بحيث يحصل الشخص على المكافأة المناسبة للحالة التي تم القبض عليها والمخاطر التي قد يتعرض لها هذا الشخص وحماية الدولة له من إنتقام المهربين.

وهناك ملاحظة عامة نرجو أن تلاقى القبول من قبل من يهيمه الأمر، وتعلق بخصوص نشر الأحكام الصادرة بجرائم المخدرات بأنواعها المختلفة .. وإذا كان هناك من نبيل الأسباب التي تمنع نشر الأحكام، فإن هذا لا يمنع من وجود مكتب فني يلحق بالمحكمة العليا تكون مهمته نشر المبادئ العامة التي إستندت عليها الأحكام الصادرة دون المساس بسمعة أطراف الدعوى وذلك خدمة للدارسين والباحثين و المشتغلين في مجال تطبيق الأنظمة.

والله الموفق،،

الهوامش

- ١ - د. محمد عبد الجواد محمد، التطور التشريعي في المملكة العربية السعودية ط ١٩٧٧ ص ١٧ الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية.
- ٢ - رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، نظرية الشريعة الإسلامية إلى المخذلات. بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمي السادس للمخذلات، الرياض الجزء الأول ١٩٧٤ ص ٢٠٤.
- ٣ - الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي ص ٦٦ طبعة ١٩٧٤ الناشر دار الفكر العربى.
- ٤ - د. عبد الخالق النواوى، التشريع الجنائى فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى ص ٣٢٤ الناشر دار الثقافة بيروت ط ١٩٧٤.
- ٥ - الامام محمد أبو زهرة، المرجع السابق ص ١٠٧.
- ٦ - د. عبد الفتاح خضر، التعزير والاتجاهات الجنائية المعاصرة ط ١٣٩٩ هـ ص ٩.
- ٧ - السرخسى شمس الدين، المبسوط ج ٩، ص ٣٦ الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، بن القيم، اعلام الموقعين، ج ٢، ص ٢٢١، ١٩٥٥ م القاهرة.
- د. عبد الفتاح خضر، بحث مياسة التجريم التعزيرى بالمملكة العربية السعودية، المجلة العربية للدراسات الأمنية العدد العاشر ١٤١١ هـ ص ٧٥ - ٧٧.
- ٨ - د. عبد العزيز عامر، التعزيز فى الشريعة الاسلامية، رسالة، ١٩٦٩ ص ٦٦ - ٦٧ الناشر مكتبة مصطفى الحلبي مصر.

- ٩ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج ١ ص ٦٨٥ الطبعة الخامسة ١٩٦٨.
- ١٠ - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص ١٠٧ - ١٠٨ طبعة ١٣١٨ هـ.
- ١١ - عبد القادر عودة، للمرجع السابق ص ١٤٧.
- ١٢ - ابن القيم المرجع السابق ج ٢ ص ٦٨، السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني ص ٤٩٩، الناشر مكتبة المجلد العربي القاهرة ط ١٣٦٥ هـ.
- ١٣ - ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار ج ٣ ص ١٨٤ - ١٨٥ الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ للناشر مطبعة مصطفى الحلبي.
- ١٤ - السرخسي، المبسوط ج ٢٤، ص ٣٥.
- ١٥ - د. عبد الرحيم صدقي، الجريمة والعقوبة في الشريعة الاسلامية ط ١٩٨٧ ص ٢١٤ الناشر مكتبة النهضة المصرية.
- ١٦ - د. شريف فوزي محمد فوزي، التشريع الجنائي الاسلامي ص ١٨٧ الناشر مكتبة الخدمات الحديثة جدة.
- ١٧ - سورة المائدة الايتان : ٩٠ - ٩١.
- ١٨ - د. محمد سليم العوا، جريمة شرب الخمر وعقوبتها في الشريعة الاسلامية ص ١٥٧.
- ١٩ - سورة الأعراف الآية ١٥٧.
- ٢٠ - ابن حجر الهيتمي، الزواجر عن اقتران الكبائر ج ٧ ص ٦٣٦ الطبعة الأولى الناشر دار الكتب العربية.
- ٢١ - سنن ابي داود ج ٢ ص ٢٩٣ - ٢٩٤ للناشر مطبعة عيسى الحلبي مصر.

- ٢٢ - ابن حزم، المحلى ج ٧ ص ٤٧٤ طبعة ١٣٥٢ هـ بيروت.
- ٢٣ - ابن حجر، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص ٢٢٣.
- ٢٤ - عبد القادر شيبه الحمد، بحث، أثر المخدرات فى تدهور الشعوب، المؤتمر الاقليمى السادس للمخدرات الرياض ١٩٧٤ ج ٣ ص ٦٢. الناشر وزارة الداخلية، إدارة مكافحة المخدرات.
- ٢٥ - د. عبد العال عطوة، موقف للشرعية الاسلامية من المخدرات، بحث مقدم للمؤتمر الاقليمى السادس للمخدرات الرياض ١٩٧٤، ج ٣، ص ٤٦، الناشر وزارة الداخلية، إدارة مكافحة المخدرات.
- ٢٦ - أحمد ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٤، ص ٢٠٤ طبعة أولى ١٣٨٦ هـ الناشر مطبعة الحكومة السعودية مكة.
- ٢٧ - ابن قدامة، المغنى، ج ٨ ص ٢٥٤ طبعة ١٣٤٨ هـ، مطبعة المنار القاهرة.
- ٢٨ - كمال الدين بن الهمام، فتح القدير ج ٣ ص ٤١.
- ٢٩ - الترنلى، شرح الجوهرة على متن للقدورى ج ٢ ص ٢٧٠.
- ٣٠ - ابن حجر المكي الهيئى، لزواج، ص ٢٨٠.
- ٣١ - الصديق محمد الأمين الضرير، موقف الشرعية الاسلامية من المخدرات، بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمى السادس للمخدرات، الرياض ١٩٧٤ ص ٨٩. الناشر وزارة الداخلية، إدارة مكافحة المخدرات.
- ٣٢ - ابن تيميه، مجموع الفتاوى ج ٢٤ ص ٢٧٥.
- ٣٣ - ابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار ج ٧ ص ٤٠٨ الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ الناشر مطبعة مصطفى الحلبي مصر.

- ٣٤ - سورة الأنعام الآية ١١٩.
- ٣٥ - الشيخ جاد الحق على جلد الحق، للفتاوى، ج ١٠ مسألة ١٣٠٧ ص ٣٥٨١.
- ٣٦ - د. محمود نجيب حسنى، قانون العقوبات، للقسم العام، للطبعة الرابعة ١٩٧٧ ص ٢٧٨.
- ٣٧ - الفيروزبادى مجد الدين محمد ابن يعقوب، القاموس المحيط، ج ٢ ص ١٠ الناشر دار الجيل المؤسسة العربية للطباعة والنشر بيروت.
- ٣٨ - عزت حسنين، المسكرات والمخدرات بين التشريعية والقانون الطبعة الأولى ١٩٨٦ ص ١٨٧.
- ٣٩ - د. عادل الدمرداش، الانسان مظاهره وعلاجه ١٩٨٢ ص ١٠ يدخل رجال للقانون فى لفظ المخدرات موادمنبهه على نقيض المخدر من ناحية، ومن ناحية المفعول الاقرباذنى، لذا فإن التعبير الشائع لدى رجال الأمن والقانون ينبغى أن يحدد بتعبير سوء استخدام العقاقير حتى يشتمل للقوائم الطويلة التى تندرج تحت اسم المخدرات، أنظر محمد على البار، المخدرات الخطر الداهم، طبعة أولى ١٩٨٨ دار العلوم بيروت ص ٣٥.
- ٤٠ - يمكن اجمال نص المادة الثالثة فى أحكام هذا النظام من المواد المخدرة بما يأتى:
- أ - الأفيون الخام، ب - الأفيون الطبى ج - الأفيون المستحضر د - المورفين والكودتين والديونين والهيروئين وأشياء القلويات الأخرى للأفيون وجميع أملاح هذه الجواهر ومشتقاتها.

هـ - كل المستحضرات الرسمية التى تباع فى الصيدليات وغير الرسمية المحتوية على (٢) فى الألف من المورفين، (١) فى الألف من الهيروئين وعلى (٨) فى الألف من الكونتين وأى نسبة تزيد على ذلك، والكوكا (أوراقها وثمارها ومسحوقها وكافة أنواعها المختلفة)، والكوكاتين الخام. ز - للكوكاتين ولملاحه، والنوكاتين ومشتقاتهما وكل المستحضرات والمركبات المشتملة على (١) فى الألف من الكوكاتين ح - الايكونين، ط - القنب الهندى.

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه يشترط لصحة الحكم بالإدانة فى جريمة إحراز مادة مخدرة أو حيازتها أن تكون المادة المضبوطة من عداد المواد المخدرة المبينة حصرا فى الجدول الملحق بالنظام - أنظر نقض فى ٢٩ مارس سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٣١ رقم ١١٣ ص ٤٧٠.

نقض فى ٢٠ ابريل سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض رقم ٢٧٢١ سنة ٥٠ قضائية مشار إليه فى جرائم المخدرات، معوض عبد التواب ط ١٩٨٦ ص ٢٣٣.

٤١ - د. عوض محمد، قانون العقوبات الخاص، جرائم المخدرات والتهريب الجمركى والنقضى طبعة ١٩٦٦ بند ٩.

٤٢ - صدر تعميم من وزارة الصحة برقم ٢٧/٢٥٨١/١٩٦ فى ١٠/٨/١٣٩٤ هـ بإعادة تنسيق تنظيم الأدوية النفسية متضمنا أربعة جداول ومواد عامة.

٤٣ - قانون العقوبات الليبي لسنة ١٩٥٣ م نص للمادتين ٣١١، ٣١٢ على المواد المخدرة دون أن يضع جدول لهذه المواد ثم عدل بنظام رقم ٤٤ لسنة ١٩٥٦ م حيث سلك سبيل حصر المواد المخدرة وهو نفس نهج التعديل الأخير للنظام الجديد رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ م.

٤٤ - نقض في ١ ديسمبر ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض المصرية رقم ١١٧٩ من ٤٥ ص ٨١٥.

٤٥ - نقض في ٢٠ ديسمبر ١٩٨٣ طعن رقم ٢٣١٩ لسنة ٥٣ ق مشار إليه في مؤلف جرائم المخدرات، معوض عبد التواب ص ١٧١.

٤٦ - نصت الفقرة الثانية من المادة (١٣) على أنه (لا يجوز للصيادلة صرف تذاكر طبية موصوف بها كوكاكين لاستعماله كقطرة أو لاستعماله من الظاهر إن زادت كمية الكوكاكين أو اليوكاتين عن ٥٠ سنتغراما في المحلول كله، وإذا زادت نسبة إحدى هاتين عن ٥٪، أما الفقرة الثالثة فقد نصت على أنه لا يجوز إعادة تحضير التذاكر الطبية المحتوية على جواهر مخدرة إلا بموجب تذكرة طبية جديدة والتذاكر الطبية المحتوية على كودتين يجوز إعادة استخدامها بشرط ألا تتجاوز نسبة الكودتين المبينة في المادة (٣) من هذا النظام، وعلى أن لا يتجاوز كمية خمسين سنتغراما. أما بالنسبة للكودتين ١٢ سنتغراما بالنسبة للجواهر الأخرى إلا بموجب تذكرة طبية، ونصت المادة (١٩) (أما أطباء الأسنان فلا يمكن أن يصرف لهم بمقتضى هذه الرخصة إلا المواد الآتية: أمبول كوكاكين ٢٪ على الأكثر لدرنالين نقود كاثيين ٥٪ على الأكثر وأقراص هذه الجواهر المحتوية على واحد أو اثنين سنتغرام من الكوكاكين أو (٥) سنتغرامات من النوكاتين على الأكثر،

ومحاليل هذه الجواهر المحتوية على جواهر فعاله بشرط ألا تزيد نسبة الكوكاتين على ٢٪ ونسبة للنوكاتين على ٥٪ ومسحوق المورفين والكوكاتين.

٤٧ - د. هلال فرغلي هلال، جرائم المخدرات في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية العدد الثالث والرابع، الرياض ١٤٠٧ هـ ص ٤٩.

٤٨ - د. إدوارد غالى الذهبى، جرائم المخدرات، الطبعة الثانية ١٩٨٨ ص ٣٥ الناشر مكتبة غريب للقاهرة.

٤٩ - د. محمد فتحى عيد، جريمة تعاطى المخدرات فى القانون المقارن طبعة ١٤٠٨ هـ الجزء. الثاني ص ٣٦.

٥٠ - نص نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة للسعودي فى المادة الخامسة منه على هذه الجريمة بالقول (ومحظور على أى شخص يجلب أو يصدر أو يستحضر أو يملك أو يحوز أو يشتري أو يتناول أو يتنازل عن الجواهر المخدرة المذكورة فى المادة (٣) من هذا النظام بأية صفة كانت، أو يتدخل بصفته وسيطا فى تجارة المواد المذكورة أو إحرازها أو بيعها أو شرائها أو المبادلة عليها أو للتنازل عنها إلا فى الأحوال المنصوص عليها فى هذا النظام، أو الشروط المبينة فيه. كما نصت المادة السادسة: (محظور على أى شخص أن يجلب من الخارج إلى المملكة العربية السعودية أى جواهر مخدر إلا بترخيص من مصلحة الصحة العامة يجرى إقراره إلى حكومة البلاد المصدرة من قبل الشخص المستورد عن كل إستيراد - ولا يعطى هذا الترخيص

إلا وفق ضوابط للأشخاص المذكورين فيما يلي وبموجب المادة (٧):

-

١ - للمرخصين من أصحاب الصيدليات والمحلات المعدة لصنع المستحضرات الاقربازينية.

٢ - تجار الأدوية المرخص لهم ببيع الأدوية بالجملة.

٣ - مصالح الحكومة الصحية.

٤ - المستشفيات والمستوصفات المأذون بوجودها في المملكة. ويجب على الطالب أن يبين في طلبه كمية ونوع الجواهر المخدرة التي يريد جلبها من الخارج وأسباب الجلب وجميع البيانات الأخرى التي يمكن أن تطلبها منه مصلحة الصحة العامة - ولمصلحة الصحة الحق أن ترفض الترخيص، وفي أن تخفض الكمية المطلوب استيرادها (على أن يكون الرفض والتخفيض على مقتضى الاستهلاك بموجب الحاجة وهذا النظام).

- يجب أن يذكر في الرخصة للمدة التي يجب أن يتم فيها الاستيراد ورقم الرخصة والتاريخ واسم المرسل واسم المستورد والعنوان مفصلاً، وكمية المخدر ونوعه ويسمح بأن يكون الاستيراد أكثر من لرسالية، واحدة وفي صنف واحد أو أكثر من الجواهر المخدرة كما نصت المادة السابعة على شروط رخصة للتصدير حيث جاء فيها: أن من المواد المخدرة التي ترد إلى البلاد ويراد إخراجها لا يمكن تصديرها إلا بالشروط الآتية: -

١ - أن يكون التصدير بمقتضى رخصة من الصحة، وأن يكون طلب التصدير من الأشخاص المرخص لهم بالاتجار بالمواد المخدرة. وقد عدلت هذه المادة بالأمر الملكي رقم ٣١/١٠/٨٤ في ١٣٥٥/١٠/٢٥ ومحظور على أى شخص أن يجلب من الخارج الى المملكة العربية السعودية أى جواهر مخدر إلا بترخيص خاص من مصلحة الصحة العامة يجرى إبرازه إلى حكومة البلاد المصدرة من قبل الشخص المستورد عن كل استيراد.

٢ - لا يجوز تصدير أى جزء من الأجزاء المذكورة فى المادة ٣ من هذا النظام ما لم يستحصل قبل ذلك على رخصة تصدير منها من مصلحة الصحة العامة، ويجب أن يذكر فى هذه الرخصة نوع الجواهر المخدرة والمقدار الذى يراد تصديره منها واسم المرسل وعنوانه واسم المستورد وعنوانه.

٣ - تطلب مصلحة الصحة العامة من الشخص أو للمحل المرسل وقبل إعطائها رخصة التصدير، إبراز رخصة الاستيراد المعطاة من حكومة البلاد المستوردة مبينا فيها موافقتها على ذلك الاستيراد.

٤ - تعين فى رخصة التصدير المدة التى يجب أن يتم فيها التصدير ويذكر رقم وتاريخ شهادة الاستيراد والسلطة التى منحها. كما نصت المادة (١١) من نفس النظام على عدم جلب أو تصدير المواد المخدرة بطريق البريد بالقول (لا يجوز جلب أو تصدير المواد المخدرة أو نقلها بطريق البريد ضمن طرود محتوية على

مواد أخرى ويجب أن يكون إرسالها ولو على هيئة نموذج (عينة) داخل طرود مؤمن عليها، وأن يبين عليها نوع وكمية ونسبة الجواهر فى المواد المذكورة ويكون تسليمها بموجب تصريح يعطى من مصلحة الصحة العامة بعد تسجيلها على (الأصول).

٥١ - د. إدوارد غالى المرجع السابق ص ٤٨، د. عبد الحميد الشواربى، جرائم المخدرات ١٩٨٧ ص ٢٠، أنظر نقض مصرى فى ١٩٧٦/٣/٢٨ مجموعة أحكام للنقض رقم ٢٢٠ من ٤٥ ص ٣٥٨. نقض مصرى فى ١٩٧٧/٥/٨ مجموعة أحكام للنقض رقم ١١٥٩ من ٤٦ ص ٥٥٦.

٥٢ - د. إدوارد غالى المرجع السابق ص ٥٠.

٥٣ - معوض عبد التواب، جرائم المخدرات، الطبعة الرابعة ١٩٨٦ من ٦٦ الناشر دار المعارف بالاسكندرية.

٥٤ - د. رؤوف عبيد، شرح قانون العقوبات التكملى الطبعة الخامسة ١٩٧٩ ص ٣٥.

٥٥ - حسن البغال وفؤاد على، قانون المخدرات العربى ص ١٩٦ طبعة ١٩٦١ القاهرة.

٥٦ - نقض مصرى فى ٧ فبراير ١٩٧٦ رقم ٥١١ لسنة ٤٦ ق من ٢٧ ص ٧٥٧ مج فى، نقض مصرى فى ١٢ ديسمبر ١٩٧٦ رقم ٨٠٨ لسنة ٤٦ ق من ٢٧ ص ٩٢٩ مج فى.

٥٧ - أنظر نقض مصرى فى ١٩٨٢/١/١ مجموعة أحكام للنقض رقم ٢٩٠٩ لسنة ٥٤ ق، نقض فى ١٩٨٤/١٢/٢٠ مجموعة أحكام للنقض

رقم ٦٥٣ لسنة ٥٤ ق مشار لهذه الأحكام فى جرائم المخدرات، د.
عبد الحميد الشواربى ١٩٨٧ ص ٧٥ للنائشر مؤسسة الثقافة الجامعية.
٥٨ - نقض مصرى فى ١٩٧٤/١١/٢٦ مجموعة أحكام النقض رقم ١٠١١
س ٥٤ ص ٨٣٢، أنظر كذلك حسن البغال وفؤاد على المرجع السابق
ص ١٩٦.

٥٩ - عصام أحمد محمد، جرائم المخدرات فقها وقضاء، الجزء الأول
١٩٨٧ ص ٨٠ - ٨١.

٦٠ - د. إيلارد غالى، المرجع السابق بند ١٩، ص ٥٦.

٦١ - نص النظام الخاص بمنع الاتجار بالمواد المخدرة السعودية فى المادة
الرابعة منه: (١ - يحظر صنع أى مادة من المواد المذكورة فى المادة
(٢) من هذا النظام إلا على المحلات المرخص لها بذلك من قبل
مصلحة الصحة العامة فى الحجاز

٢ - يجب على من يرغب فى الاشتغال بصنع هذه المواد أن يستحصل
على رخصة من مصلحة الصحة العامة، وأن يقيد فى دفتر خاص
للمقادير التى يصنعها على أن يكون أعطاء الرخصة مشترطاً
فيها إستهلاك هذه المواد وما مثله فى الطبابة فقط.

٣ - لمدير الصحة العامة الحق فى إصدار تعليمات فنية فى كيفية
الاستحضار.

٦٢ - د. إيلارد غالى للمرجع السابق، ص ٦١.

٦٣ د. محمد فتحى عيد، المرجع السابق ص ٥٨ - ٥٩.

٦٤ - ورد فى القرار ١ - حظر زراعة الجنزفورى أو تداوله للأخطار التى تنجم عن تداوله على المجتمع، ويعلن عن ذلك فى الصحف المحلية.

٢ - تطبق المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم ١١ لسنة ١٣٧٤ هـ الخاص بعقوبة المخدرات و الخاصة بالمهربين على كل شخص يثبت شرعا زراعته لمادة الجنزفورى وتطبق بقية المواد الأخرى من القرار على الحالات الأخرى من حيازة وإتجار ووساطة وإستعمال مادة الجنزفورى.

٦٥ - نقض مصرى فى ١٩٤٥/٤/٢ مجموعة الربع قرن ج ٢ رقم ٦٩ ص ١٠٥٢.

٦٦ - نقض مصرى فى ١٩٥٤/٥/٢٥ مجموعة أحكام النقض س ٥ رقم ٢٣٨ ص ٧٢٠.

٦٧ - د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - للقسم الخاص الطبعة السابعة ١٩٧٥ بند ٦٢٥.

٦٨ - نصت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة والعشرون بأن (كل صيدلى، وكذلك كل شخص مرخص له بالاتجار بالجواهر المخدرة أو بحيازتها لا يقيد الجواهر المخدرة ولا يمسك للدفتر المذكورة مع مراعاة الفروقات المسموح بها فى المادة (٢٨) من هذا النظام) ونصت الفقرة (الرابعة) من نفس المادة بالقول (كل شخص مرخص له بحيازة الجواهر لاستعمالها فى غرض أو أغراض معينة لا يتصرف فيها بأى صفة كانت فى غير تلك الأغراض)، ونصت الفقرة (الخامسة) من نفس المادة على أنه (إذا حاز جواهر مخدرة ولم يكن بيده رخصة

خاصة أو تذكرة طيبة بموجب أى نص من نصوص هذا النظام يعاقب بالحبس من خمسة شهور إلى سنتين أو غرامة مالية).

٦٩ - د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء التاسع ص ٨٢ ط ١٩٥٨ الناشر دار إحياء التراث العربى بيروت.

٧٠ - نقض مصرى فى ١٩٨٢/٢/٢٤ مجموعة أحكام النقض رقم ١٠٦٨ س ٣٣ ص ٢٦٢، نقض مدنى فى ١٩٨١/٣/١٩ مجموعة أحكام النقض رقم ٢١٥٤ لسنة ٥٠ ق، نقض فى ١٩٨٤/٢/٢٨ مجموعة أحكام للنقض رقم ٦٣٩٨ لسنة ٥٣ ق منشور فى مؤلف معوض عبد التواب المرجع السابق ص ٦٤.

٧١ - د. محمد فتحى عيد المرجع السابق ج ٢ ص ٤٥.

٧٢ - نقض مصرى فى ١٩٥٥/٤/١١ مجموعة القواعد رقم ٨٦ س ٢٥ ص ١٠٤٦.

٧٣ - المستشار أحمد محمود خليل، جرائم المخدرات ص ٤٣ طبعة ١٩٨٤ الناشر دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية.

٧٤ - د. محمود محمود مصطفى القسم الخاص بندج ٦٢٢، انظر نقض مصرى فى ١٩٥٥/١/١١ مجموعة الأربع قرن ج ٢ رقم ٩٣ ص ١٠٥٦.

٧٥ - نقض مصرى فى ١٩٨٤/١٠/٨ مجموعة أحكام للنقض س ٣٥ رقم ٩٥ ص ٦٤٠.

٧٦ - د. حسن صادق المرصفاوى، المخدرات فى التشريعات العربية، بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمى السادس للمخدرات، الرياض ١٩٧٤ ج ١

ص ٢٧٤، أنظر نقض ١٩٨٢/٥/١١ رقم ٢٧٥٢، س ٥١ ق منشور
فى مؤلف معوض عبد التواب المرجع السابق ص ١٨٥.

٧٧ - نقض مصرى فى ١٩٦١/٤/٢٤ مجموعة أحكام للنقض س ١٢ رقم
٩١ ص ٤٩٥.

٧٨ - حيث نصت (يعاقب كل شخص إذا باع جواهر مخدرة أو تتازل
عنها أو صرفها بأية صفة كانت أو قلمها للتعاطى أو سهل تعاطيها
مجانا أو بمقابل).

٧٩ - نقض مصرى فى ١٩٧٦/٦/٣ مجموعة أحكام للنقض س ٨ رقم
١٦٣ ص ٥٩٣.

٨٠ - د. إدوار غالى، المرجع السابق ص ٨٨.

٨١ - د. عوض محمد، قانون العقوبات الخاص، جرائم المخدرات والتخريب
الجمركى والنقدى طبعة أولى ١٩٦٦ الاسكندرية بند ٣٣.

٨٢ - نقض مصرى فى ١٩٨٣/١/٢٥ رقم ٥٢٠٥ لسنة ٥٢ ق مشار إليه
فى مؤلف عبد الحميد الشواربى للمرجع السابق ص ١٠٥.

٨٣ - نقض مصرى فى ١٩٧٦/٣/١٤ مجموعة أحكام للنقض رقم ١٩٠٨
س ٤٥ ق س ٢٧، ص ٣١٢، نقض مصرى فى ١٩٨١/١/٧ رقم

١٦٢٢ س ٥٠ ق منشور فى مؤلف معوض عبد التواب المرجع
السابق ص ٤٠٨، نقض مصرى فى ١٩٨٢/١/١١ رقم ٢٧٥٢ س

٥١ ق منشور فى مؤلف عصام أحمد محمد المرجع السابق ص ٩٨.

٨٤ - نصت على أن (كل شخص يحوز أو يحرز أو يشتري بقصد التعاطى
أو الاستعمال الشخصى جواهر مخدرة ما لم يثبت أنه يحوز هذه
الجواهر بموجب رخصة أو تذكرة طبية أو بموجب أى نص من

نصوص هذا النظام أو إنها مصروفة إليه بمعرفة طبيب معالج
حل محل هذه المادة الفقرتان (أ، ب) من المادة الرابعة من قرار
مجلس الوزراء رقم ١١ بتاريخ ١٣٧٤/٢/١ هـ.

٨٥ - د. حسن صادق المرصفاوى، المرجع السابق ص ٢٧٥.

٨٦ - نصت هذه المادة على أن (كل شخص مرخص له بجائزة الجواهر
المخدرة لاستعمالها في غرض أو أغراض معينة لا يتصرف فيها
بأية صفة كانت في غير تلك الأغراض).

٨٧ - د. إدوار غالى، المرجع السابق، بند ٤٧ ص ٩٩.

٨٨ - نصت هذه المادة بأنه (لا يسمح بمرور أية إرسالية إلى المملكة العربية
السعودية لأى من المواد المخدرة المذكورة فى المادة (٣) من هذا
النظام، مرسله من قطر لآخر بطريقة الترانزيت برا أو بحرا سواء
نقلت بالسفينة أو بوسائط النقل الأخرى ما لم تبرز لمصلحة الصحة
العامة صورة رخصة التصدير التى تصحب الإرسالية).

٨٩ - د. محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات القسم العام بند ٤٢ ص
٥١٨.

٩٠ - د. عوض محمد المرجع السابق بند ٤٢.

٩١ - نقض مصرى فى ١٩٧٣/٢/٢٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٤ رقم
٥٦ ص ٢٢٣.

٩٢ - د. مأمون سلامة، شرح قانون العقوبات، القسم العام طبعة ١٩٧٩
ص ٣٠٨ الناشر دار الفكر العربى.

٩٣ - نقض مصرى فى ١٩٨٨/٢/٢٤ مجموعة أحكام النقض رقم ٣١٧٢
لسنة ٥٧ ق ص ٢١.

٩٤ - د. محمود نجيب حسنى - النظرية العامة للقصد الجنائي - ١٩٧٥

ص ٢٠٧.

٩٥ - بالنسبة للصبي الذى بلغ سن السابعة ولم يبلغ سن الرشد بعد، فقد صدر بشأنه الأمر السامى رقم ٣٧٠٨ فى ١٣/٤/١٣٩٩ هـ الذى يقضى بتحويل وزير الداخلية إستثناء الشباب من العقوبة الواردة بقرار مجلس الوزراء الخاص بعقوبة المخدرات والاكتفاء بتأديبهم التأديب المناسب ومراقبتهم بعد ذلك للتأكد من صلاحهم وأخذ التعهد على أولياء أمورهم بحسن تربيتهم وعدم إهمالهم.

٩٦ - سورة البقرة الآية ١٧٣.

٩٧ - سورة الأنعام الآية ١٩ .

٩٨ - سورة المائدة الآية ٣.

٩٩ - نقض مصرى فى ١٣/٢/١٩٧٩ مجموعة القواعد رقم ١٧٧١ س

٣٨.

١٠٠ - د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات القسم العام بند

٦٩٣ ص ٦٥٥.

١٠١ - عصام أحمد محمد، المرجع السابق ص ١١٨.

١٠٢ - ابن تيمية، الفتاوى، ج ٢٣ ص ٣٥٧.

١٠٣ - ابن حجر الهيتمى، للزواج عن إقرار للكبتار ج ٢ ص ١٣٨.

١٠٤ - الإمام الترنلى، شرح الجوهرة على متن القدورى الجزء الثانى ص

٢٧٠.

١٠٥ - القرافى، للفروق ج ١ ص ٢١٧ - ٢١٨.

١٠٦ - الخطيب الشربيني، كتاب النووى ج ٤ ص ١٨٧، مطبعة الحلبي.

- ١٠٧ - د. محمد الأمين الضريير، المرجع السابق، ص ٩٥.
- ١٠٨ - عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٥٨٢.
- ١٠٩ - د. عبد اللعال عطوة، المرجع السابق، ص ٥٠ - ٥١، انظر للشيخ
مناع خليل القطان، محاضرة فى موقف الدين من المخدرات ط ١٤٠٧
هـ ص ٧٨، الناشر الرئاسة للعلمة لرعاية الشباب والرياضة.
- ١١٠ - المستشار عبد الفتاح مراد، أحكام المخدرات فى الشريعة الاسلامية،
بحث منشور فى مجلة المحاماه المصرية العددان التاسع والعاشر
السنة الحادية والسبعون ١٩٩١ ص ٧٧.
- ١١١ - فتاوى الشيخ محمد بن ابراهيم ج ١٢ ص ١١٦ الطبعة الأولى
١٣٩٩ هـ.
- ١١٢ - هناك بلدان متعددة تأخذ بحكم عقوبة الاعدام بحق مهربي
المخدرات إلا أنها غير مبنية على فتوى، بل هى أمر قانونى أصدرته
السلطات التشريعية فى تلك البلدان ومنها جمهورية مصر العربية،
العراق، إيران، ماليزيا، سنغافورة، تايلند، اندونيسيا، سيرالانكا،
الصين الشعبية.
- ١١٣ - سورة المائدة الآية ٣٣.
- ١١٤ - د. محمد حسن الجبر، القانون التجارى السعودى طبعة ١٤٠٢ هـ
ص ٢.
- ١١٥ - د. عزت حسنين، المسكرات والمخدرات ص ٢٠٧.
- ١١٦ - مسفر غرم الله الدومينى الجنائية فى الفقه الاسلامى والقانون
الوضعى، الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ ص ١٦٦ الناشر دار طيبة
الرياض.

- ١١٧ - د. محمد فتحى عيد المرجع السابق، ص ٣٤٠.
- ١١٨ - د. مأمون سلامة، للمرجع السابق، ص ٥٨٤.
- ١١٩ - د. محمود نجيب حسنى المرجع السابق، بند ٨٥٠ ص ٨١٩.
- ١٢٠ - حيث نصت أنه (إذا حاز جواهر مخدرة ولم يكن بيده رخصة خاصة أو تذكرة طبيه بموجب أى نص من نصوص هذا النظام يعاقب بالحبس من خمسة شهور إلى سنتين أو غرامة مالية من خمسين الى (٣٠٠) جنيه.
- ١٢١ - نصت هذه المادة (يغرم بغرامة مالية قدرها عشرون ألف ريال عربى سعودى) كأحدى العقوبات التى تفرض على من يقوم بتهريب المواد المخدرة.
- ١٢٢ - نصت المادة الثانية فى تعديل ١٤٠١ هـ على أنه (من يروج للمخدرات فإن كان للمرة الأولى فيعزر تعزيرا بليغا بالحبس أو الجلد أو الغرامة المالية أو بهما جميعا حسب ما يقتضيه النظر القضائى).
- ١٢٣ - يرى بعض الفقهاء وجوب مصادرة المخدر فى جميع الأحوال بغض النظر عن حقوق الغير حسنى النية، إذ فى مصادرة المخدر تدبير وقائى يجب إتخاذه قبل الكافة حتى يخرج المخدر من دائرة التعامل. انظر د. رؤوف عبيد المرجع السابق ص ٧٣.
- ١٢٤ - حيث نصت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها (وكانت المصادرة وجوبا تستلزم أن يكون الشئ المضبوط محرما تناولاه بالنسبة للكافة بما فى ذلك المالك والحائز على السواء، أما إذا كان الشئ مباحا لصاحبه الذى لم يكن فاعلا أو شريكا فى الجريمة فإنه

لا يصح القضاء بمصادرة ما يملكه، نقض فى ١٩٨٤/٢/٢٨ رقم
٥٧٩٧ س ٥٣ ق.

١٢٥ - د. عبد الحميد الشواربى، للمرجع السابق، فى ص ١٢٣.
١٢٦ - تعميم الادارة العامة رقم م م خ رقم ٢٤٥١ فى ١٤٠٢/١٠/٢٦
هـ بشأن صورة خطاب وزير الداخلية رقم ١٩/س/٣٦٧٤ فى
١٤٠٢/١٠/٦ هـ للموجه إلى صاحب السمو الملكى نائب أمير منطقة
الرياض.

المصادر

الكتب الشرعية

القرآن الكريم

- أبو داود أبو الحسن مسلم بن حجاج النيسابورى سنن أبى داود، الجزء
الثانى الناشر مطبعة عيسى الحلبى.
- ابن حجر الهيتمى، الزواج عن إقتراف الكبائر، الطبعة الأولى، الناشر
دار الكتب العربية.
- ابن حزم الظاهرى، المحلى، الجزء السابع طبعة ١٣٥٢ هـ بيروت.
- ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، الطبعة الثانية ١٣٨٦
هـ الناشر مطبعة مصطفى الحلبى مصر.
- ابن قيم الجوزية - إعلام الموقعين، الجزء الثانى طبعة ١٩٥٥ م القاهرة
الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية طبعة ١٣١٨ هـ.
- ابن قدامة، المغنى طبعة ١٣٤٨ هـ مطبعة المنار القاهرة.

- احمد بن تيميه، مجموع الفتاوى، الطبعة الأولى ١٣٨٦ هـ الناشر مطبعة الحكومة العوية مكة.
- الخطيب الشربيني، كتاب النووى، الجزء الرابع، للناشر مطبعة الحلبي.
- السرخسى شمس الدين، المبسوط - الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر لبنان.
- الترتلى، شرح الجوهرة على متن للقتورى، الجزء الثانى.
- الفيروززبادى مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، الجزء الثانى دار الجبل.
- القرافى، الفروق - الجزء الأول.
- جاد الحق على جاد الحق. الفتاوى الاسلامية، دار الافتاء المصرية، وزارة الأوقاف المجلس الأعلى للشئون الاسلامية للقاهرة ١٩٨٣.
- كمال الدين بن الهمام - فتح القدير، الجزء الثالث.

الكتب القانونية

- المستشار، أحمد محود خليل، جرائم المخدرات، طبعة ١٩٨٤ م الناشر المطبوعات الجامعية الاسكندرية.
- إدوارد غالى الذهبى، جرائم المخدرات، طبعة ١٩٨٨ الناشر مكتبة غريب القاهرة.
- حسن البغال وفؤاد على، قانون المخدرات العربى طبعة ١٩٦١ م القاهرة.
- د. رؤوف عبيد، شرح قانون العقوبات التكميلى، الطبعة الخامسة ١٩٧٩.

- د. شريف فوزى محمد هورى. التشريع الجنائى الاسلامى، الناشر مكتبة الخدمات الحديثة جدة.
- د. عادل للمرداش، الامان مظاهره وعلاجه، طبعة ١٩٨٢م.
- د. عبد الحميد الشواربى، جرائم المخدرات طبعة ١٩٧٨م، الناشر مؤسسة الثقافة للجامعة.
- د. عبد الخالق النولوى، التشريع الجنائى فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى، الطبعة الثانية ١٩٧٤ الناشر دار الثقافة بيروت.
- د. عبد العزيز عامر، التعزيز فى الشريعة الاسلامية، الطبعة الثانية ١٩٦٩م.
- د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء التاسع طبعة ١٩٥٨ م الناشر دار إحياء التراث العربى بيروت.
- د. عبد الرحيم صدقى، الجريمة والعقوبة فى الشريعة الاسلامية، طبعة ١٩٧٨م الناشر مكتبة النهضة المصرية.
- د. عبد الفتاح خضر، التعزيز والاتجاهات الجنائية المعاصرة طبعة ١٣٩٩ هـ.
- د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائى الطبعة الخامسة ١٩٦٨م.
- د. عزت حسن، المسكرات والمخدرات بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى ١٩٦٨م.
- عصام أحمد محمود، جرائم المخدرات فقها وقضاء الجزء الأول طبعة ١٩٨٧م.
- د. عوض محمد، قانون العقوبات الخاص، جرائم المخدرات والتخريب الجمركى والنقدى طبعة ١٩٦٦م.

- د. مأمون سلامة، شرح قانون العقوبات، للقسم العام طبعة ١٩٧٩ م
الناشر دار الفكر العربي.
- الامام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامى، طبعة
١٩٧٤م للناشر دار الفكر العربي.
- د. محمد حسين الجبر، للقانون التجارى السعودى طبعة ١٤٠٢ هـ، الناشر
عمادة شئون المكتبات جامعة الملك سعود.
- د. محمد سليم العوا، جريمة شرب الخمر وعقوبتها فى الشريعة
الاسلامية.
- د. محمد على البار، المخدرات الخطر الداهم، طبعة لولى ١٩٨٨ م
الناشر دار العلوم بيروت.
- د. محمد فتحي عيد، جريمة تعاطى المخدرات فى القانون المقارن الطبعة
الثانية ١٩٨٨م.
- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص الطبعة
السابعة ١٩٧٥م.
- د. محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات القسم العام طبعة ١٩٧٧
الناشر دار النهضة العربية.
- د. محمود نجيب حسنى، النظرية العامة للقصد الجنائى، طبعة ١٩٧٥ م
الناشر دار النهضة العربية.
- د. معوض عبد التواب، جرائم المخدرات، للطبعة الرابعة ١٩٨٦ الناشر
دار المعارف بالاسكندرية.

البحوث والمحاضرات:

- د. الصديق محمد الأمين الضريير، موقف الشريعة الإسلامية من المخدرات، بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمي، السادس للرياض سنة ١٩٧٤ الناشر وزارة الداخلية - إدارة مكافحة المخدرات.
- د. حسن صادق المرصفاوى، المخدرات فى التشريعات العربية، بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمي السادس للرياض سنة ١٩٧٤. الناشر وزارة الداخلية - إدارة مكافحة المخدرات.
- د. عبد العال عطوة، موقف الشريعة الإسلامية من المخدرات، بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمي السادس للرياض ١٩٧٤ الناشر وزارة الداخلية - إدارة مكافحة المخدرات.
- د. عبد القادر شيبه الحمد، أثر المخدرات فى تدهور الشعوب، بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمي السادس للرياض ١٩٧٤ الناشر وزارة الداخلية - إدارة مكافحة المخدرات.
- عبد الفتاح خضر، سياسة التجريم التعزيرى بالمملكة العربية السعودية، المجلة العربية للدراسات الأمنية العدد العاشر ١٤١١ هـ.
- عبد الفتاح مراد، أحكام المخدرات فى الشريعة الإسلامية، بحث منشور فى مجلة المحاماه العدد التاسع والعاشر السنة الحادية والسبعون ١٩٩١م.
- الشيخ مناع خليل قطان، موقف الدين من المخدرات فى الشريعة الإسلامية، بحث منشور فى المجلة العربية للدراسات الأمنية العدد الثالث والرابع ١٤٠٧ هـ.

- رئاسة البحوث العلمية والاقتناء والدعوى والارشاد، نظرة الشريعة
الاسلامية الى المخدرات. بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمي السادس
للمخدرات للرياض ١٩٧٤ الناشر وزارة الداخلية، إدارة مكافحة
المخدرات.

المجالات:

- المجلة العربية للدراسات الأمنية (الرياض).
- مجموعة أحكام محكمة النقض (المصرية).
- مجموعة القواعد القانونية (مصر).
- نظام منع الاتجار بالمواد المدرة السعوى.

اتفاقات العمل الجماعية وتنازع القوانين

للمستشار الدكتور/ منير عبد المجيد

تمهيد وتقسيم:

١ - لما كان تشريع العمل الذى يحكم علاقات العمل اليوم، لا يظهر فقط فى صورة النظام القانونى المطبق على علاقة العمل، ولكن ايضا فى صورة اتفاقات العمل الجماعية، التى تعد بمثابة تنظيم لاثى للمهنة صادر من أصحاب الشأن أنفسهم. يتسم بالطابع الأمّ - وهو تنظيم يودى إلى تغليب فكرة الديمقراطية الاجتماعية على الديمقراطية السياسية باعتبار أن سلطة التشريعية لها أن تعهد إلى المنظمات الاجتماعية بوظيفة المشرع فى نطاق علاقات العمل.

وقد أصبحت اتفاقات العمل الجماعية فى الدول المتقدمة، وعلى الأخص فى إنجلترا والولايات المتحدة، الأداة الاقتصادية للتقدم الاجتماعى ومصدرا هاما لتنظيم علاقات العمل، بل إن الاتفاق الاجتماعى بالنسبة لعقد العمل الفردى يعد فى بعض البلاد مثل إيطاليا بمثابة تنظيم من القانون العام ملزم لجميع اعضاء المهنة ^(١).

Coste. Floret. "Vers une conception etatique de la convention collective du travail 1937 P. 199.

(١)

وقواعد الاتفاق الجماعى لا تسرى فحسب على العمال فى مهنة معينة المنضمين الى النقابة الطرف فى هذا الاتفاق، بل تمتد كذلك إلى العمال الذين يكتسبون وصف العضوية مستقبلا.

ولأهمية اتفاقات العمل الجماعية، تم الاعتراف بها فى اتفاقية العمل الدولية رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٩ الخاصة بتنظيم المفاوضة الجماعية.

ويتضح مما سبق ازدواج مصادر قانون العمل، اى التشريع واتفاق للعمل الجماعى^(١).

ولهذا كان من الضرورى بيان العلاقة بين الاتفاق الجماعى الذى يحكم علاقة العمل الفردية بوصفه قانونا. والنظام القانونى الصادر من الدولة المطبق على ذات العلاقة.

والاتفاق الجماعى - طبقا للرأى الراجح - ^(٢) ذو طبيعة مزدوجة "Nature dualiste"، فهو يجمع بين الطابع العقدى بوصفه تعبيراً عن ارادتين، وبين الطابع اللاتحى بوصفه نظاماً قانونياً "statut legal" ملزماً، تتحدد على ضوءه علاقات العمل الفردية. رغم ان أداه اصدار هذا للنظام القانونى ليس هو القانون بالمعنى المتعارف عليه.

(١) Despax. N. Traite de dr. du travail. Paris. 1966. P. 1 et S. Dimitri Weiss, les relations du travail 4 ed P. 83.

(٢) ما يلى رقم (٣).

وعلى ضوء هذا التكييف في إطار القانون الدولي الخاص، يمكن القول بأنه إذا كان الاتفاق الجماعي يعتبر عقدا من نوع خاص *Sui generis* ^(١) فأحد طرفيه على الأقل منظمة نقابية والآخر صاحب عمل أو عدد من اصحاب الاعمال أو منظمة لهم. فانه بهذا الوصف يجب ضرورة البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، متى احتوى على عناصر اجنبية.

كمان الاتفاق الجماعي من ناحية اخرى يتخذ طابع قانون المهنة، باعتبار أن السلطة التشريعية تعهد الى المنظمات النقابية بدور المشرع في نطاق هذه العلاقات لوضع التنظيم الذى يتلاءم مع ظروفها الخاصة. ومن ثم، فان المسألة التى تطرح فى هذا الصدد، تتمثل فى معرفة ما هى علاقات العمل التى تحكمها تلك الاتفاقات او تخضع لها، ولهذا يمكن أن يحدث بين الاتفاقات الجماعية تنازع ^(٢) مماثل تماما لتنازع القوانين، متى كانت كل من هذه الاتفاقات الجماعية المتنازعة صادرة من نظم قانونية مختلفة وتتراحم على حكم نفس علاقة العمل، فاذا فرض أن عاملا فرنسيا يعمل فى مدينة Hendaye، وهى مركز على الحدود، لحساب شركة سكك حديد اسبانية، فهل

Gerard Lyon. Caen. La convention collective de travail en dr. int. priv. ^(١)
clunet 1964. P. 250 No 7. Le meme auteur. Dr. Soc. et europeen. 4 ed. 1976. P. 102
No 128.

^(٢) ويلاحظ أن التنازع الذى يثور بين اتفاقات العمل الجماعية مقصور على الاتفاقات ذات الطابع التشريعى "Nature Normatif" دون تلك التى تتسم بالطابع التعاقدى المحض "Nature Purement Contractuelle"، فإذا وجد فى بعض البلاد اتفاقات من هذا النموذج الأخير (بريطانيا)، فإنها تكون محكومة بالقانون العام للمعقود "droit commun des contrats"، كما هو الحال فى فرنسا قبل سنة ١٩١٩، ولا يتصور التنازع بشأنها، إذ لا يرتبط بها فى الواقع سوى الأطراف الموقعة، فلا تمتد إلى عمال فى إقليم آخر لا يشكلون جزءا من النقابة الموقعة.

Gerard Lyon - Caen. Conflits de lois, de juridictions et autorités dans le droit du travail. J.Cl. 573. No. 25. 26 No. 144.

يخضع هذا العامل للاتفاق الجماعى المطبق على عمال السكك الحديدية الاسبانية، أم للاتفاق الجماعى المطبق على عمال السكك الحديدية الفرنسية؟ ويمكن ان نساءل أيضا فى نطاق مثال اخر عما اذا كان العامل الفرنسى الذى يعمل فى بنك انجليزى بباريس يخضع للاتفاق الجماعى الفرنسى، ام للاتفاق الجماعى الذى يحكم رب عمله؟ ولهذا للبحث أهمية ليس فقط من ناحية الشروط التى تحكم ظروف العمل أو الاجور، ولكن على الاخص من ناحية الشروط المتعلقة على سبيل المثال بالمرض او التقاعد.

وهذا الوضع يقتضى بيان آثار اتفاق العمل الجماعى الفورى، وقوته الملزمة على علاقة العمل الدولية فى اطار فكرة اقليمية الاتفاق الجماعى، او فى اطار فكرة امتداده عبر الحدود، لذ لا يضع المشرعون عادة - ومنهم المشرع المصرى والفرنسى - اى قيد على حرية اطراف الاتفاق الجماعى فى وضع قواعد او شروط تحدد بذاتها نطاق تطبيقه الدولى فى المكان. ويرتبط بهذه الحالة الاخيرة بيان وضع الاتفاق الجماعى الممتد الى نظم الدول المختلفة فى الخارج

وعلى ذلك، يقوم بين الاتفاق الجماعى وعقد العمل الفردى ذات العلاقة التى تقوم بين القانون والاتفاق الجماعى. وهذه الظاهرة ينعكس أثرها على النظام القانونى الدولى للاتفاق الجماعى.

ولما كان الاتفاق الجماعى يعتبر بمثابة عمل لائعى او قانون مهنى له خصائص القواعد القانونية من عموم وتجريد، فقد يثور التنازع بينه وبين

قانون مهني آخر اجنبي، اذ قد يتوافر لكل منهما الاختصاص بحكم نفس علاقة العمل.
ويمكن أن تدخل ايضا علاقة العمل الفردية فى تنازع مع عقد العمل الجماعى.

٢- وبناء على ما تقدم يتعين تقسيم الدراسة الى ثلاث مباحث:

المبحث الاول: اتفاق العمل الجماعى والنظام القانونى الصادر من الدولة المطبق على علاقة العمل.

المبحث الثانى: القانون الواجب التطبيق على اتفاق انعمل الجماعى.

المبحث الثالث: اتفاق العمل الجماعى وتنازع للقوانين.

المبحث الاول

الاتفاق الجماعى والنظام القانونى الصادر من الدولة
المطبق على علاقة العمل الفردية

٣- لا يعتبر الاتفاق الجماعى - كما عرفه M.D. Visscher (١) عقد

عمل. لاذ لا يولد بذاته اى التزام بالعمل، فهو اتفاق يتم بين مجموعة من العمال من جهة ورب عمل او مجموعة من ارباب الاعمال من جهة اخرى بما يكفل وضع تنظيم معين يتضمن قواعد وشروطا افضل مما يفرضه القانون لهم. بحيث ينبغى مراعاتها عند ابرام عقود العمل الفردية وهو على هذا النحو

(١) De Visscher., Le conflits de lois en matiere de contrat de travail. Revu. Crit. 1939. P. 150 et s.

يعد تنظيم عقدي سابق يتحدد على ضوءه مضمون عقد العمل الفردي اللاحق من حيث شروط العمل بين العمال واصحاب الاعمال، ومن ثم، فان هذا الاتفاق تعاقدى من حيث مصدره تنظيمى من حيث مضمونه، وما يتضمنه من قواعد موضوعية.

وغير سدد ما ذهب اليه جانب من فقه القانون المدنى، من تكيف هذا الاتفاق بانه عقد كمائر العقود، فقد احتار هذا الفقه فى تبرير انطباق القواعد الاتفاقية على العمال الذين لم يشتركوا فى ابرامه، وثبت فشل النظريات التى قيلت لتبريره مثل النيابة والفضالة والاشتراط لمسلحة الغير والتعهد عن الغير، كما ان الفكرة التعاقدية تعجز ايضا عن تبرير القواعد الامرة لاحكام الاتفاق الجماعى^(٢).

وليس صحيحا ما اتجه اليه جانب من فقه القانون العام من ان الاتفاق الجماعى يعد بمثابة قانون "أو عمل لائحى" ذلك ان هذا الاتجاه يغفل ان ابرام عقد العمل الجماعى يتم كأى عقد اخر تسمى عليه قواعد العقود فى القانون المدنى، فيجب ان يكون التراضى بين طرفيه سليما خاليا من العيوب، ويخضع فى تفسيره للقواعد العامة فى تفسير العقود.

(٢) الدكتور محمود جمال الدين زكى فى قانون العمل الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٣، ص ٧٥٩ وما بعدها رقم ٣٧٩. الدكتور عيد نابل عوض فى قانون العمل الاتفاقي دراسة مقارنة سنة ١٩٨٣ ص ٦٥٨.

والصحيح هو ما نادى به Durand (٣) فى مقالته بشأن ازدواج الاتفاق الجماعى ". اذ رأى ان الاتفاق الجماعى يعتبر بمثابة تنظيم للعمل صادر من اصحاب الشأن انفسهم، ومتى كان هذا التنظيم ينطبق على افراد من المهنة لم يشتركوا فى ابرامه. فنكون بذلك امام ازدواج تلتقى فيه فكرة العقد مع فكرة القانون إذ ينشئ فى آن واحد التزامات تعاقدية ويضع تنظيمًا قانونيًا لعلاقات العمل التى تدخل فى نطاقه، ولهذا التنظيم الذى يتخذ طابع قانون المهنة صفة الالزام والعموم والتجريد، بحيث يرتب البطلان على كل شرط مخالف لأحكامه يكون قد تضمنه عقد العمل الفردى الا أن تكون المخالفة أكثر صلاحية للعامل، وتطبق قواعده على جميع العمال المنضمين لمقابلة تعتبر طرفا فيه، أو لنقابة تكون . انضمت إليه بعد ابرامه.

٤ - ويرتب على ذلك أن الاتفاق الجماعى يضع تنظيمًا لعلاقات العمل الفردية مع التشريعات التى تسنها الدولة مع ملاحظة أن التشريع الشامل لا يترك للاتفاق الجماعى سوى دورًا ثانويًا^(٤).

ولهذا يجب القول بان الاتفاق الجماعى بشكل - فى مختلف قواعده التى يتكون منها - عنصرًا من النظام القانونى الواجب التطبيق على علاقة العمل. بمعنى ان تطبيق نظام قانونى وطنى لدولة معينة يتضمن فى ذات الوقت

(٣) الدكتور محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص ٧٦٣ - الدكتور ناهيل عوض المرجع السابق ص

Durand. Revu trimestrielle de dr-compare. 1939. No 13 et s. Coste florest. Vers une conception etatique de la convention collective du travail "Rev. Crit. 1937. P. 199. Despax. Traite Op.Cit., P. 1. No. 2 (٤)

تطبيق الاتفاق الجماعى لتلك الدولة، اى ان النظام القانونى الوطنى يتلزم فى تطبيقه مع الاتفاق الجماعى الذى يشكل جزءا منه.

وقد اعتنق القضاء هذه الفكرة ^(١)، وعلى الاخص لفحص مضمون القانون الاجنبى الواجب التطبيق، على الاقل باعتباره شق او ركن فى قاعدة الاسناد المتعلقة بقانون مكان تنفيذ العمل.

وهذا هو ما رددته محكمة استئناف باريس فى حكم حديث لها بتاريخ ٣ فبراير سنة ١٩٨٨ ^(٢) اذ قضت بأن العامل فى مشروع متعدد الجنسية والموفد الى شركة وليدة فرنسية مقرها فرنسا حيث يمارس نشاطه. ينطبق على علاقة عمله القانون الفرنسى لمكان التنفيذ فيما يتعلق بالاثار المترتبة على انتهاء عقد العمل فى فرنسا، وينطبق هذا القانون بما فى ذلك الاتفاق الجماعى الذى يحكم علاقات العمل الداخلة فى اطاره وذلك استنادا الى أن هذا الاتفاق الجماعى يعد جزءا من النظام القانونى للمطبق.

ويمكن أن نتصور تطبيق قانون بلد أجنبى فى نفس وقت تطبيق اتفاق جماعى فرنسى ^(٣). ولكن اذا اجتمع اتفاق اجتماعى وتشرع، فإن البحث يتجه بالضرورة نحو القاعدة الافضل ^(٤).

Cass. Civ 29. Janvi. 1975. Rev Crit 1975. P. 338.

(١)

Note Batiffol sous Cass-soc 8. Octo. 1969. clunet 1970.

Note Ribette.

Clunet 1989. P. 375. Note Vischi. Vivet.

(٢)

Gerard Lyon. Caen et Antoine Lyon Caen, Droit soc; inter. et europeen.

(٣)

Sixieme edition 1985. P. 86. No. 70.

(٤) ما يلى رقم (٣٢).

٥- وإذا كان الموضوع لا يتعلق باتفاق عمل جماعى، ولكن تنظيم^(١) عمل جماعى أى تحويل نصوص اتفاق جماعى الى تنظيم مهنى فى اقليم معين، فان الامر يكون مختلفا ولا يجب الخلط بينهما، لاننا نخرج بهذا عن نطاق التصرف القانونى، أى الاتفاق، لندخل فى نطاق التنظيم^(٢) القانونى المهنى، ومع ذلك، فان الحل يكون واحدا، لانهما يتحدان فى الموضوع^(٣) وهو تنظيم علاقات العمل بقواعد عامة مجردة يتحدد على ضوءها مضمون عقود العمل الفردية.

وغنى عن البيان فار الاتفاق الجماعى اضيق نطاقا من تنظيم العمل المهنى، لانه يقتصر نطاقه على المنظمة او المنظمات النقابية التى حددها او التى انضمت اليه.

(١) Kronheim les conflits de lois en matiere de contrat de travail 1938. P. 115. No. 95.

(٢) ومن هذا القبيل المشروعات التى يخضع فيها العمال لتنظيم لالى مثل المشروعات العامة وشبه العامة والشركات الموزعة مثل عمال الكهرباء والغاز فى فرنسا والسكك الحديدية، فهو تنظيم تشريعى اقليمى تابع اساسا من السلطة العامة ويعتمد تماما عن الطابع التعاقدى، وتعتبر الجنسية الفرنسية أحد شروط الاستخدام فيها، هذا فضلا عن أنه فى حالة ارسال العامل الخارج، فان من الصعب القول بأن هذا النظام لم يمد مطبقا عليه

(Gerard Lyon Caen. Conflits de lois de juridication en dr. inter. Priv. I. Cl. Fasc. 573. P. No. 149 P. 27).

(٣) Niboyet Traite t (5). P. 118. No. 1414.

٦- ويلاحظ ان بطلان الاتفاق الجماعى لتخلف متطلبات قانون مكان التنفيذ لا يحول دون تصحيحه بمعرفة القاضى بوصفه عقدا عاديا ملزما للجانبين.

ومتى تجرد الاتفاق الجماعى من آثاره الخاصة، فإنه يندرج فى إطار التنظيم القانونى العادى للحقوق، ذلك ان ابرام هذا الاتفاق بين اطرافه يضمن الى حد كبير الحرية التعاقدية الحقيقية لهم، وهى الحرية التى تسمح لهم بامكان اختيار القانون المطبق على علاقاتهم، وكذلك القواعد المكملة التى تحكم العقود بصفة عامة. وهذه المبادئ يمكن أن تسمح بصفة خاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التعاقدية التى تقع على عاتق احد الاطراف فى مواجهة الطرف الاخر^(١).

المبحث الثانى

القانون الواجب التطبيق على الاتفاق الجماعى

٧- يجب أن نشير فى هذا الصدد، أنه اذا كان الاتفاق الجماعى يعتبر بمثابة قانون مادى أو موضوعى، فإن تطبيقه الدولى يكون مستقلا بذاته عن القواعد التشريعية التى تحكم^(٢) هذا الاتفاق الجماعى الذى ينطوى على عناصر أجنبية، إذ يجب النظر الى الاتفاق الجماعى من زاويتين، أولهما، أنه

Rodiere. P. Conflits de lois en dr. du travail J. CL. 1986, Fasc. 573. 1. No. 46. (١)

Rodiere. P. J. Cl. Op.Cit., P. 9. No. 27. (٢)

يُعتبر علاقة محكمة بقاعدة قانونية، وثقتهما، أنه يعتبر قاعدة قانونية تحكم علاقة العمل^(١).

وقد ذهب Lyon Caen سنة (١٩٥٩) أن الامر هنا يتعلق بتنازع بين اتفاقات العمل الجماعية التي تحكم النظام الدولي لعلاقة العمل الفردية دون أن يتعلق تنازع القوانين في شأن اتفاقات العمل الجماعية. ذلك أن مسألة القانون الواجب للتطبيق على ابرام وأثار الاتفاق مسألة نظرية بحثة ولا تطرح، إذ لا يتحقق أى تنازع اختصاص تشريعى بسبب تخلف العنصر الاجنبى الذى يثير هذا التنازع.

الا أنه عاد فى سنة ١٩٦٤ موضحا أنه اذا نشأ تنازع بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق العمل الجماعى الذى يحتوى على عناصر أجنبية، فان الالتجاء الى الطرق التقليدية للاسناد لا يصدم بأية عقبة.

ويضيف أن العمل قد جرى على أن يحتاط الاطراف بوجه عام ويشيروا بأنفسهم الى القانون الواجب التطبيق. وفي حالة عدم تحديده بمعرفتهم يمكن استخلاص هذا القانون من ارادتهم الضمنية. ذلك أن المنظمات النقابية لها عادة مقر ثابت فى اقليم معين، فيتحدد التشريع الواجب للتطبيق بقانون هذا المكان أوالمقر، الذى يكون معلوما فيه تماما اقامة وجنسية المنضمين الى المنظمة النقابية، حيث يجتمعون فيه. ومن ناحية أخرى، فان نصوص الاتفاق

G. Lyon, Caen. La convention collective de travail en dr. international priv. (١)
clunet 1964. P. 25 No. 143.

G. Lyon Caen La convention - clunet 1964. P. 260, No. 7 et No. 9. (٢)

الجماعى تتشرب بالضرورة فى فرنسا عن طريق ايداعها (١) قلم كتاب محكمة شئون العمال التى ينفذ الاتفاق فى دائرتها. ومن ثم فان القانون الواجب التطبيق على الاتفاق الجماعى يتحدد بقانون المكان الذى تم فيه الايداع وهو ايضا قانون المكان الذى أبرم فيه الاتفاق الجماعى (٢).

٨- ويرى Rouast (٣)، أن اتفاق العمل الجماعى يتميز بالطابع الاقليمى أو المحلى الواضح تماما، وهذا الطابع يفترض تطبيق تشريع الدولة التى يجب أن ينفذ فيها الاتفاق الجماعى، وأن مكان الايداع يتطابق مع قانون مكان التنفيذ، وبه يتحدد على نحو مؤكد القانون الواجب للتطبيق طبقا للذنية المشتركة للاطراف ويضيف أنه لا عبرة فى هذا الصدد بجنسية الافراد الذين تتكون منهم النقابة أو جنسية النقابات أنفسها.

٩- ويرى Gamillscheg (٤)، بوجه عام أن اتفاق العمل الجماعى يخضع من حيث مضمونه وأثاره إلى قانون مكان أو أمكنة التنفيذ.

(٢) ولدى فرنسا، لا يستتبع عدم الايداع بطلان الاتفاق الجماعى

Cass. soc. 5 Oct. 1962 Dr. soc. 1962 P. 630.

وفى مصر، لا يكون الاتفاق الجماعى ملزما إلا بعد قيده لدى الجهة الادارية المختصة، ولا يجوز انضام غير المتعاقدين اليه إلا بعد قيده.

(٣) Gerard Lyon Caen - La convention collective - clunet Op.Cit., 1964. P. 260, No. 25.

Rouast. A. Les conflits de lois relatifs au contrat de travail - Melanges pillet. (٣)

1 (٢) P. 208. Delaparadelle et Niboyet.

ومشار إليه فى تقرير المؤتمر الدولى الثانى للعمل. Paladoni

Cite par Szaszy. International Labour Law 1986. P. 363.

(٤)

والواقع أن قانون مكان التنفيذ الاجنبى الذى قد يمتد اليه الاتفاق الجماعى له أهميته فى هذا الصدد، فهو الذى يبين - على ما سنرى^(١) - موانع تطبيقه على علاقة العمل المنفذة فى الخارج، وما اذا كان الاتفاق الجماعى ملزما ونافذا فى هذا المكان أم لا.

١٠ - وفى خصوص أهلية ابرام الاتفاق الجماعى، فقد اتجه كل من Schorr et Von carolosofeld^(٢) الى خضوعها لقانون الموطن سواء كانت هذه الاتفاقات موقعة من أفراد العمال أو النقابات المهنية. ومع ذلك يفرق Gamillscheg^(٣) بين الاتفاقات الجماعية الموقعة من أفراد العمال، فهذه يحكمها قانون مكان العمل. وبين تلك الموقعة من النقابات أو الجمعيات المهنية، فتخضع للقانون الذى اعترف بهذه النقابات والتي تكونت تلك النقابات بمقتضى أحكامه.

١١ - وفيما يتعلق بشكل الاتفاق الجماعى، فان فكرة شكل العقد يحكمه قانون مكان الابرام الذى اعتنقه الشراح الغربيون، عارضها Gamillscheg^(٤) الذى اعتد بقانون مكان العمل العادى.

١٢ - ويلاحظ ان بعض المهن منظمة تنظيميا دوليا. سواء من جانب العامل أو رب العمل، اذ يتم ممارسة المهنة فى عدة اقاليم مثل النقل البحرى

(١) ما يلى رقم ٢٩.

Cite par Szaszy.. Op.Cit., P. 363.

(٢)

Cite par Szaszy .. Op.Cit., P. 362.

(٣)

Cite Par Szaszy. Op. Cit., P. 362.

(٤)

والنهرى والجوى والسكك الحديدية. وحتى الطرق التى تخترق اقاليم مختلفة، ذلك ان تنسيق ظروف العمل فيها يتطلب إبرام اتفاقات مهنية تشمل مشروعات عدة بلاد، وهذا هو الحال فى نطاق المجموعة الاوربية فالاتفاقات الجماعية فى هذا الصدد تبدو أداة ملائمة لتوحيد ظروف العمل فى بلاد المجموعة، ذلك ان الروابط القائمة بين النظم المهنية سواء بالنسبة للعمال او أرباب الاعمال تسهل إبرامها^(١).

١٣- ان اتفاقية التأمين الاجتماعى لملاحى نهر الرين المؤرخة ٢٧ يوليه سنة ١٩٥٠ تعتبر معاهدة دولية من حيث الشكل ولكنها من حيث طريقة اعدادها ومضمونها تبدو أنها إتفاق جماعى للدخار لتنظيم المهنة دولياً، وقانون التأمين الاجتماعى المطبق على ملاحى نهر الرين هو قانون مقر المشروع الذى يعمل الملاح لحسابه^(٢). (وهذا على خلاف الاختصاص التشريعى فى الاتفاق الاوربى بشأن العمال المهاجرين حيث يوجب الاسناد الى قانون مكان للتنفيذ).

١٤- وهناك اتفاق جماعى آخر فى صورة معاهدة دولية يتعلق بالتأمين الاجتماعى الاوربى لعمال النقل الدولى المؤرخ ٩ ليولية ١٩٥٦ والموقع فى جنيف، اذ يعنى قانون مقر المشروع بوصفه القانون الواجب التطبيق عند التنازع^(٣).

Gerard Lyon Caen La convention - clunet Op.Cit., P. 261.

Gerard Lyon Caen Op.Cit., P. 262 No. 28.

Gerard Lyon Caen Op.Cit., P. 262. No. 29.

(١)

(٢)

(٣)

ان وضع اتفاق جماعى لنظام دولى يؤدى الى قاعدة موحدة لتنازع القوانين. أو توحيد نظم العمل فى مهنة معينة على النطاق الدولى^(١).

المبحث الثالث

الاتفاقات الجماعية وتنزع القوانين

فى ضوء فكرتى الإقليمية والامتداد عبر الحدود

تمهيد:

١٥- لما كان لاطراف الاتفاق الجماعى تحديد نطاق تطبيقه فى المكان دون اى قيد على حريتهم فى ذلك، ولهذا يجب ان نعرض فى هذا الصدد لاثـر الاتفاق الجماعى، الفورى والملزم على علاقة الدولية فى ضوء فكرة لقليمية الاتفاق الجماعى او امتداده عبر حدود الاقليم الذى تم ابرامه فيه، مع الاشارة الى تطبيقات من احكام القضاء التى تبينت مبدأ لقليمية الاتفاق وتلك التى اعتنقت مبدأ امتداده.

واذا كان يجوز تطبيق الاتفاق الجماعى خارج الاقليم الوطنى فانه يجب بيان موانع تطبيقه عبر الحدود، ومدى امكان استبعاده او النزول عنه - فى بعض النظم - من جانب الاطراف.

(١) Gerard Lyon. Caen. Conflits de lois, de juridiction et d'autorités dans le droit du travail. J. Cl. Fasc. 573 No. 150. 151.

ونتصدى بعد ذلك الى بيان كيفية حل التنازع الدولي للاتفاقات الجماعية الصادرة من نظم قانونية مختلفة، متى كانت كل منها تدعى لنفسها الاختصاص بحكم نفس علاقة العمل على اساس ان هذه العلاقة تدخل فى مجال سريانها المكاني. وتحديد القواعد الواجبة للتطبيق لبيان نطاق تطبيق هذه الاتفاقات من حيث المكان بالنسبة لعلاقة العمل.

ويرتبط بهذه المسألة التطرق لبحث مدى سلامة فكرة اقليمية الاتفاق الجماعى.

واخيرا نوضح وسيلة حل التنازع بين الاتفاق الجماعى وعلاقة العمل الفردية وكذلك التنازع الذى قد يحدث بين الاتفاق الجماعى وقانون اجتماعى اجنبى.

اقليمية اتفاق العمل الجماعى وعلاقة العمل الفردية:

١٦- نصادف عادة فى الاتفاقات الجماعية للعمل شرطا بمقتضاه يكون للاتفاق الجماعى نطاق تطبيق اقليمى محض، فهو ينطبق على جميع ارباب الاعمال والعمال الداخلين فى اطار هذا الاقليم - بشرط ان تدخل علاقة العمل فى نطاق التطبيق المهنى^(١) للاتفاق الجماعى وهذا هو شأن الاتفاق الجماعى الفرنسى للبنوك او للصناعة الكيماوية فان تطبيق مثل هذه الاتفاقات الصناعية

(١) واشترط اندراج علاقة العمل فى اطار التطبيق للمهنة للاتفاق الجماعى بقيد من نطاق تطبيقه، لأنه يجلس مقصودا على العمال الذين يمارسون المهنة التى ابرم الاتفاق من اجلها، فاذ كانت "برام انفاق اوليها يوافق بتصميم الأرباء والثاني تخض حماكة أرباء النساء، فان الحكم الذى يطبق أحد هذين الاتفاقين يجب أن حسب قراره بيان أن مشروع رب العمل يتم على وجه الخصوص الى أى من المجموعتين الولى.

(Soc. 1 Avr. 1939. Gaz. Pal. 1939 - 2 - 133 - en ce sens. Savatier. obser. sous ch. Reunius 27 avr. 1961. Dr. soc. 1961 P 497)

يتحدد نطاقه بالاقليم الفرنسى^(١). ويستتبع ذلك ان مشكلة تتنازع لقوانين الدولية^(٢) لا تنثور فى موضوع الاتفاقات الجماعية المشار اليها، فينطبق اتفاق جماعى فرنسى فى فرنسا واتفاق جماعى فى المانيا^(٣) والاتفاق الجماعى الاقليمى على هذا النحو، يستتبع اعمال الاتفاقات الجماعية الاجنبية^(٤).

ويرى Niboyet^(٥) ان اقليمية الاتفاق الجماعى الفرنسى مؤداه انه لا يجوز للاتفاق ان ينتج اثرا خارج الاقليم الذى يكون ملزما فيه، على اساس ارتباط التشريع الفرنسى ارتباطا وثيقا بتأمين التجارة والصناعة، وبالحركة النقابية فيها، ويضيف KRONHEIM^(٦) ان الاتفاق الجماعى يعتبر بمثابة تنظيم لاثقى، اقليمى - بحسب الاصل مزودة بقوة ملزمة، ولا يتعدى حدود الاقليم الذى صدر فيه. ولا يخاطب الا العاملين وارباب الاعمال الخاضعين لقوانين "بوليس العمل" فى نفس الاقليم.

(١) ويمكن لأطراف الاتفاق الجماعى تحديد نطاق تطبيقه بكل اقليم الدولة ويطلق عليه فى هذه الحالة اتفاقا جماعيا قوميا. ويسمى اتفاقا عليا اذا ارتبط بمنطقة معينة من الدولة.

(٢) ومع ذلك يمكن أن يحدث تنازع داخلى بين الاتفاقات الجماعية متى كانت نفس علاقة العمل تدخل بمال تطبيق عدة اتفاقات جماعية، سواء من حيث النطاق الزمنى أو من حيث النطاق الجغرافى أو للمهنة ويكفى عدم تحقق أى من هذه الشروط لانقضاء التنازع الداخلى بين الاتفاقات المذكورة. ويجهه رأى المراجع فى حل هذا التنازع الداخلى الى تطبيق الاتفاق الجماعى الذى ينطبق نصوصه على الشق الأكبر من عقود العمل المماراة فى المنشأة مع مراعاة ما إذا كان الأطراف قد فصلوا استبعاد أحد الاتفاقات الجماعية.

Durand et Vitu. Traite de dr du travail t (111). P. 365 et s. No. 200 -

Despax. Traite .. Op.Cit., P. 337. No 206. (٣)

Gerard Lyon Caen. Dr. soc. inter et europeen 4 ed. 1976. P. 101; 102. (٤)

Niboyet. Traite t (IV), No. 1126 en ce sens. Freyria. Rapport au deuxieme congres intern. de dr. du travail. No 14 - Batiffol les conflits de lois en matiere de contrats 1938 - P. 263 - note (3) G. Lyon. Caen. J.C. de dr. inter. Fasc. 573

Kronheim, Les conflits de lois en matiere de contrats de travail. P. 119. No 9 98. (٦)

وعلى ذلك، إذا كان تنفيذ عقدة العمل في فرنسا، فإنه لا يجوز استبعاد عقود العمل الفردية من الخضوع الاجبارى للاتفاق الجماعى^(١). ولهذا يتعين تركيز علاقة العمل لبيان ما اذا كانت تدخل فى النطاق الاقليمى للاتفاق الجماعى بالمعنى المشار اليه ام لا.

١٧- ويمكن الإشارة الى حكم حديث لمحكمة النقض الفرنسية، طبق مبدأ اقليمية الاتفاق الجماعى، وتتصل وقائعه فى حدوث نزاع متعلق بالمندوب العلم المساعد لشركة فرنسية تمارس نشاطها فى ميلانو، وكان رب عمله شركة فرنسية لصناعة الزجاج، ويحتوى الاتفاق الجماعى لصناعة الزجاج على شرط عدم المنافسة، وكانت تمنح - طبقا لما استقرت عليه العادة - تعويضا معادلا، مقابلا للفترة الزمنية التى يلتزم بها العامل بعد انتهاء عقده بعدم ممارسة أى نشاط مهنى فى خدمة منافس اخر خلال مدة معينة (سنتين) وقد تم الاستغناء عن المستخدم المذكور، فأقام الدعوى بطلب الحكم له بالتعويض سالف البيان، واتحصر مقطع النزاع فى معرفة، ما اذا كانت الاتفاق الجماعى للزجاج ينطبق عليه. عندما كان يعمل فى إيطاليا لم لا ، وقد حسمت محكمة النقض هذه الصعوبة، واوردت فى مدونات حكمها، ان الاتفاق الجماعى لا ينظم علاقات العمل بين ارباب العمل والعاملين الا فى الاقليم الام^(٢). واستخلصت المحكمة من ذلك ان الاتفاق لا يحكم عقد العمل

Jac ques Voulet. La reptuere du contrat de travail P W 5.
Soc. 29 Mai 1963. J.C.P. (2) 13023 note simon. Depitre.

(١)

(٢)

الخاص بهذا العامل الذى يمارس نشاطه فى ميلانو، وانه يتمتع عليه الاستناد الى هذا الاتفاق للمطالبة بأى تعويض مقابل جيزه.

وقد استهدف هذا الحكم للنقد، ذلك ان التعويض المنصوص عليه فى الاتفاق الجماعى قصد به اصلاح الضرر الذى يصيب العامل بسبب شرط عدم المنافسة الذى يجب ان يكون منتجا لاثاره فى عدة بلاد اوروبية وكذلك فى فرنسا. اذ يحدث فى الواقع - على ما سنرى - (١) ان الاتفاقات الجماعية الفرنسية تحدد بذاتها نطاق تطبيقها الذاتى حتى ولو كان العمل منفذا فى الخارج، كما هو الحال فى وقائع النزاع المشار اليه (٢).

وقد اكدت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ٦ نوفمبر ١٩٦٤ (٣) ضمنا النطاق الاقليمى للاتفاق الجماعى اذ رفضت تطبيق هذا الاتفاق الجماعى على عامل لوفد للعمل فى اقليم اجنبى.

١٨- ومع ذلك يجوز ان يؤدى العمل بصفة مؤقتة فى الخارج تنفيذا لعمل اصلى ويمارس رئيس المشروع حقه فى الادارة والاشراف على العامل. وذلك عندما يوفد هذا العامل للعمل فى هذه الظروف خارج النطاق الاقليمى للاتفاق الجماعى، ففى هذا الفرض لم يحدث ثمة تغيير فى تركيز علاقة العمل اذ يظل العامل مرتبطا بالمشروع الاصلى الذى يخضع للاتفاق الجماعى دون

(١) ما يلى رقم (٢١).

Toubiana Le domaine de la loi .. P. 283 No. 311.

(٢)

Dr. Soc. 1965, P. 316.

(٣)

تغيير في المركز القانوني للطراف (١) ففي مسائل العمل يعتبر الإيفاد بمثابة استثناء من مبدأ الإقليمية. وبهذا يمكن أن يكون الطابع الاقليمي للاتفاق الجماعي أكثر مرونة، أو بعبارة أخرى فهي اقليمية مخففة. لا يرد عليها بعض الاستثناءات (٢)، كي يتمكن هؤلاء العاملون من الاستمرار في الاحتفاظ بحقوقهم المكتسبة المنصوص عليها في الاتفاق الجماعي الذي يحكمهم، والذي أبرمت عقودهم أصلا في ظله، مثل الاتفاق الجماعي الخاص بالادخار وتوزيع الفصول. دون أن يؤثر على هذا التطبيق أى اتفاق جماعي أجنبي أو قانون أجنبي فلا يفقد العامل حقوقه نتيجة لهذا الإيفاد (٣) وفي هذا الاتجاه يشير Kronheim أن العمل العارض أو الاستثنائي المنفذ في الاقليم الوطنى بمعرفة أجنبي لحساب رب عمل أجنبي لا يخضع للاختصاص التشريعى لاتفاق العمل الجماعي الألماني أو الإيطالي السارى فى كل مكان العمل.

١٩- وهذه المرونة تؤدى من ناحية أخرى الى امكان تطبيق نصوص الاتفاق الجماعي للشركة القابضة على فروعها التى تمارس نشاطها فى الخارج (٤)، وهذا هو ما قضت به الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٩٥٩ من أن الاتفاق الجماعي المبرم

(١) Cass. Civi 29 Janvi. 1975. Revu. Crit. 1976. P. 338. Note Batiffol.

(٢) Gerard Lyon Caen. La convention collective en dr. int. Rev. clunet 1964.

P. 254 No. 15, P. 255. No. 17.

(٣) Gerard Lyon Caen. clunet Op.Cit., P. 255. No. 18.

(٤) Rabel. The conflicts of laws. A comparative study 1950. Vol.3. P. 191.

بمعرفة الشركة الأم ينطبق على عمال الفروع (١). ويمكن اعتبار هذه الحالة بمثابة تنظيم ملائم بين اتفاقيين جماعيين أحدهما وطني والآخر أجنبي (٢).

٢٠- ولكن قد يحدث أن يوفد العامل خارج المنشأة تنفيذًا لعقد عمل خاص به، لا يتفق مع نصوص الاتفاق الجماعي، ففي هذه الحالة لا يخضع لهذا الاتفاق لاحتمال خضوعه لتطبيق الاتفاق الجماعي الساري على مركز المشروع الجديد (٣).

٢١- ولا يعتد في شأن تطبيق الاتفاقات الجماعية بجنسية العامل، ذلك أن فكرة الاقليمية - كما أوضح مضمونها... Gerard Lyon Caen - لا تعنى الا معرفة ما اذا كانت الشروط التي يتضمنها اتفاق العمل الجماعي تنطبق على ظروف العمل في جميع المشروعات الفرنسية أو الأجنبية المنضمة للتنظيم المهني الموقع عليها، أيا كانت جنسية عمال هذه المشروعات.

ومع ذلك، فإن مكان إبرام عقد العمل له أهمية مؤكدة في القانون الفرنسي، فإذا كان للمشروع نشاط خارج فرنسا، فإن العمال الذين يمارسون عملهم في الخارج لا يستفيدون من الاتفاق الجماعي متى تم استخدامهم في الخارج، وعلى العكس، فإنهم يخضعون للاتفاق الجماعي، متى كان قد تم استخدامهم في فرنسا، وتم إفادهم مؤقتًا للخارج. بل أن الاتفاق الجماعي الفرنسي، ينطبق حتى على العاملين الدائمين في الخارج متى كان عقد العمل

Dr. soc. 1959. P. 541.

(١)

Gerard Lyon Caen. La convention Clunet Op.Cit., P. 254 No. 15.

(٢)

Despax. Traite Op.Cit., P. 334.

(٣)

قد أبرم في فرنسا. وكذلك فإن العمال الذين تم استخدامهم في فرنسا، والموجهين للعمل في الخارج، فإن المشروع يستطيع أن يطلب استفادته من الامتداد الاقليمي للاتفاق الجماعي الممنوح اختياريا بمعرفة الجمعية العامة لنظم معاشات الكوادر^(١).

٢٢- والواقع أن غالبية الاتفاقات الجماعية الفرنسية اقليمية يقتصر نطاق تطبيقها على مكان تنفيذ العمل في فرنسا. وعندما تخلو الاتفاقات الجماعية من بيان نطاق تطبيقها المكاني ولا يمكن استخلاص لرادة ضمنية للأطراف، فإنه يمكن القول - أن هذه الاتفاقات لا تحكم الا علاقات العمل المنفذة في الاقليم^(٢).

٢٣- ويرى M. Kronheim^(٣)، أنه ينبغي ألا تخطئ في فهم مدلول هذه الاقليمية، فقواعد الاتفاق الجماعي في اقليم ما تكمل القواعد القانونية في القانون الداخلي لهذا الاقليم، ومن ثم، يكون لها في الخارج ذات الآثار المتعلقة بالقواعد الأمرة الأخرى، بمعنى أنها تسرى في الحدود التي يرسمها القانون الدولي الخاص لكل من هذه البلاد المختلفة، وهو يضيف أن قواعد الاتفاق الجماعي لا تعدو في الغالب الا أن تكون شروطاً تمثل الحد الأدنى للحماية، ومن ثم يستطيع الأطراف بوصفهم أفراداً، وضع شروط أكثر فائدة للعاملين،

(١) Gerard Lyon Caen. Clunet 1964. Op.Cit., P. 236. No 19 et No 22.

(٢) Gerard Lyon Caen et Antoine Lyon Caen. Dr. soc. intern. et europeen sixieme edition 1985. P. 84. Pierre Rodiere. Conflits de lois en dr. du travail J. Cl. Fasc. 573-1. V. Convention collective No. 25.

(٣) Kurt. Krohheim, 1938. Les conflits de lois matiere de travail., P. 120. et s No 99 - 100.

وهذا يعنى أن الأطراف فى القانون الداخلى يستطيعون مخالفة الاتفاق الجماعى لمصلحة العاملين بمقتضى اشتراطات فردية، تكون أكثر سخاء بالنسبة لهم ولا يتحقق فى هذه الحالة ثمة ضرر من أن القانون الذى يحكم عقود عملهم الفردية يمارس ذات المخالفة، فإذا كان القانون الأجنبى للعقد مكمل بمقتضى اتفاق جماعى فى نفس البلد، فلا يوجد ثمة عقبة من تطبيق هذا الاتفاق الجماعى بذات حدود القواعد التشريعية الأجنبية الأخرى، وعلى ذلك، إذا كانت عقود العاملين الأجانب فى الفروع فى دولة "A" يكملها فى بعض النقاط الاتفاق الجماعى فى دولة "B" بالمفهوم الأكثر صلاحية الذى لا تستوجبه القواعد القانونية الأمره او الجماعية فى "A". ومن ثم، فإن نصوص الاتفاق الجماعى فى "B" هى التى تحدد مضمون للعقود الفردية حتى فى اقليم "A".

٢٤- وفى الواقع، يجب تحليل كل شرط من شروط الاتفاق الجماعى على حدة، والبحث عن نطاق تطبيقه الصحيح^(١)، فالبعض من هذه الشروط له طابع اقليمى أو عيى، مثل تلك التى تنظم العمل فى مجموعه أو تنشئ نظاما معيناً - والبعض الآخر له طابع شخصى مثل الشروط التى تمنح امتياز الأقدمية فى المشروع^(٢)، أو تنشئ نظاما للادخار يتسم بالطابع الشخصى أو الممتد (اشترك نظام التقاعد). أولئك التى تتضمن مزايا مثل التعويضات المختلفة ويجب انن أن يتمتع هذه الشروط الشخصية بتطبيق يمتد خارج

Gerard Lyon Caen et Antoine Lyon Caen Dr. soc. int. et europeen ed. 1985. P. (١)
No. 69.

Rodiere P. Conflits de lois en dr. du travail. J. Cl. 1968. Fasc. 573- No. 26. (٢)

الأقليم، فتمتد إلى العمل المنفذ في الخارج^(٣). بل إنه يمكن أن يتحقق النموذجان من الشروط داخل اتفاق جماعي واحد. بمعنى أن الاتفاق الجماعي قد يجمع في آن واحد بين الشروط الممتدة التي تولد حقوقا شخصية وبين تلك التي تعتبر تنظيما للعمل لها طابع اقليمي بحت.

امتداد اتفاق العمل الجماعي وعلاقة العمل الفردية:

٢٥- قد يتضمن الاتفاق الجماعي شروط تطبيقه الخاصة، وفي سبيل ممارسة هذه السلطة ذات الطابع التشريعي، فإن الأطراف المساهمين في الاتفاق الجماعي، يستطيعون النص فيه على قواعد اسناد خاصة.

وقواعد الاسناد المشار إليها هي بذاتها المخصصة لتحديد النظام القانوني الوطني، إذ من غير المنطقي أن يعامل الاتفاق الجماعي، وهو جزء من النظام القانوني المطبق على علاقة العمل على نحو مغاير عن النظام القانوني ذاته^(٤).

واستادا إلى ما تقدم، يجوز للأطراف أن يتفقوا على تطبيق الاتفاق الجماعي على عمل ينفذ في الخارج. وذلك يهدف ضمان المزايا المقررة للعامل فيه، وهي مزايا قد يخلو منها القانوني المحلي الأجنبي الذي ينفذ العمل في إطاره.

"Seules les secondes ont une aptitude au rayonnement international". (٣)

Rodiere P. Conflits de lois en dr. du travail. J. Cl. Fasc. 573. 1. No. 25. (٤)

ويلاحظ أن الاستاد الإرادي أو الاختياري إلى الاتفاق الجماعي الفرنسي، يمكن أن يفسر على أن بمثابة قرينة ضمنية تشير إلى احتصاص القانون الفرنسي، بوصفه قانون الإرادة.

ويمكن أيضا أن يشير عقد العمل الفردي صراحة إلى الاتفاق الجماعى حتى ينطبق فى الخارج ^(١) وبهذا يتم الامتداد الاقليمى للاتفاق الجماعى ويعد ذلك اعترافا بقدرة الإرادة فى مد نطاق الاتفاق الجماعى الى الخارج ^(٢).

٢٦ - وكذلك، فإن الاتفاقات الجماعية تعرف أحيانا نصوصا تطالب بتطبيقها الذاتى على العاملين الموفدين خارج فرنسا، بغية استفادة العامل من مجموع الحقوق أو بعضها المضمونة بالاتفاق الجماعى. وعلى الأخص تلك التى تتعلق بالأقضية فى المشروع للمعاش والادخار. رغم كون مكان تنفيذ العمل فى خارج الإقليم وهذا هو ما ينص عليه الاتفاق الجماعى لصناعة الزجاج الذى ينطبق على الإيفاد المؤقت خارج فرنسا، للاحتفاظ خلال فترة الإيفاد بالمزايا والضمانات الناشئة عن الاتفاق ويمكن تشبيه هذا الاتفاق الجماعى بالنظام الشخصى "Statut Personnel" الذى يتبع العامل خارج الإقليم.

وهذا هو الحال بالنسبة للاتفاق الجماعى الفرنسى للمعاش والادخار المؤرخ ١٤ مارس سنة ١٩٤٧، الذى ينص فى المادة ٢/٣ منه على انطباقه

(١) Despax, N. Traite de dr. du travail. Precis. Dr. soc. int. Paris 1966, P. 337, No. 206.

(٢) Gerard Lyon Caen et Antoine Lyon Caen. Droit social et europeen. sixieme edition 1985 P. 85, No 69.

بصفة ملازمة على العمال الذين يعملون خارج فرنسا، لحساب مشروع فرنسي يمارس نشاطه في فرنسا، متى كان عقد العمل قد أبرم في فرنسا^(٣).

وقد طبقت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٩^(١) الاتفاق الجماعي الفرنسي على مندوب تجاري فرنسي يمارس عمله في أمريكا الجنوبية.

ويلاحظ أن المحكمة في الدعوى المشار إليها قد تمسكت بالطابع المؤقت لإيفاد الممثل التجاري في الخارج، وكان ذلك غير منتج في النزاع، لأن الاتفاق الجماعي الوطني الخاص بالادخار والمصايف والمؤرخ ١٤ مارس سنة ١٩٤٧ يعالج بذاته حالة العامل في الخارج دون اشتراط الطابع المؤقت للإيفاد^(٢).

كما طبقت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٠ يولييه سنة ١٩٥٩^(٣) اتفاق جماعي فرنسي على الرغم من تنفيذ العمل في السعودية.

٢٧ - ولا يجب الخلط بين تطبيق الاتفاق الجماعي خارج الاقليم، والأخذ في الاعتبار بالواقع الحاصل خارج الاقليم. وعلى ذلك، فإن العامل

Despax .. Op.Cit., P. 335.

Revu Crit 1960. P. 566. Note simon. Depitre.

Toubiana Le domaine de la loi P. 283 et la note.

Bull civi 1959. t (4). P. 731. No. 916.

(٣)

(١)

(٢)

(٢)

الذى مارس العمل عدة سنوات فى الخارج. فى مشروع أو مجموعة شركات، ثم عاد إلى فرنسا، يمكنه أن يطالب بأقدميته فى المشروع، وهو يتوقف ليس فقط على قيام العامل بالعمل هذه المدة، ولكن على وجود شرط اتفاقى أو آخر، يعتد باحتساب مجموع أنشطته فى المشروع^(١).

٢٨ - والخلاصة أن الحقوق الناشئة عن الاتفاق الجماعى تستمر مطبقة طبقا للقانون الفرنسى منذ الوقت الذى يعتبر فيه جزءا من المشروع دون أهمية معرفة مكان تنفيذ العمل إذ ينطبق الاتفاق الجماعى بشأن المسائل التى ينظمها فى الحدود التى يحكم فيها رب العمل سواء لأن هذا الأخير يرتبط به بصفة شخصية، وسواء لأن الاتفاق الجماعى الممتد يكون مطبقا بذاته^(٢).

موانع تطبيق الاتفاق الجماعى فى الخارج:

٢٩ - ومع ذلك، فإن تطبيق الاتفاق الجماعى فى الخارج مشروط بالآلات يتعارض مع نصوص النظام العام المحلى الأكثر صلاحية للعامل^(٣).

كما أنه يصعب التخلص من قانون مكان العمل، عندما يحدد هذا القانون آثارا قانونية أمرة مثل تلك التى يرتبها الاتفاق الجماعى على عقود العمل الفردية^(٤). ويجب على الاتفاق الجماعى الدولى احترام قوانين الدول

(١) Gerard Lyon. Caen et Antoine Lyon Caen. Dr. soc. intern. et europeen. Sixieme edition 1985. P. 85. No. 69. Rodiere P. Op.Cit., No 26.

Rodiere P. Op.Cit., No. 26. (٢)

Rodiere. Op.Cit. No. 26. (٣)

Rodiere. Op.Cit., No.44. (٤)

الأجنبية الأمرة^(٥) التي يمكن أن تلقى تنفيذا جماعيا فيها حتى لا يصطدم بالاختصاص المانع لكل دولة تملك وضع تنظيم في اقليمها، وكذلك، فإن قانون مكان التنفيذ لا يقبل الأثر الملزم للاتفاق الجماعي على عقود العمل الفردية متى كان هذا القانون يتطلب توقيع ممثلي للنقابات على الاتفاق. وهو ما لم يتم مراعاته^(٦). إذ يكون الاتفاق الجماعي قد افتقد شروطه وبالتالي تجرد من أثره القانوني الذي يتطلبه قانون مكان التنفيذ.

كما يثور في هذا الصدد بوجه عام مشاكل التكيف أو النظام العام^(٧). وعلى سبيل المثال فإن التشريع الاسباني يكيف الاتفاق الجماعي في صورة شكل قانوني يجب انكار تطبيقه في فرنسا، أو كان هذا الاتفاق الجماعي يعتبر بمثابة تشريع أجنبي يصطدم بالنظام العام في فرنسا.

وفي بعض النظم مثل النظام الانجلوسكسوني، يستطيع الأطراف في عقد العمل الفردي استبعاد تطبيق الاتفاق الجماعي، وفي بلاد أخرى مثل سويسرا يجوز للأطراف النزول عن حقوقهم المضمنة بالاتفاق الجماعي بعد شهرين من نهاية الخدمة. وهنا يتوقف الحل على قانون مكان التنفيذ لمعرفة مدى إمكان العامل ورب العمل لاستبعاد تطبيق الاتفاق الجماعي في عقود عملهم الفردية، أو لمعرفة مدى إمكان أي منهما النزول عن الحقوق المقررة له بموجب الاتفاق الجماعي^(٨).

Gerard Lyon Caen. Conflits de lois, de juridictions et d'autorités dans le droit du travail J. Cl. Fasc. 573. No. 147. P. 26. (٥)

Rodiere. Op.Cit., No. 44. (٦)

Gerard Lyon Caen La convention clunet. Op.Cit., P. 250 No. 8. (٧)

Istvan Szasz International Labour Law 1968. P. 366. (٨)

٣٠- وهذه المبادئ أكدها القضاء الألماني في عصر Weimer في العديد من أحكامه.

وقد صدر أول حكم من محكمة صناعة Lubek في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦، ويتعلق باتنين من العاملين للفنيين أوفدا بمعرفة مؤسسة بناء ألمانية الى فروعها في تركيا، وقد ارتبط الأطراف باتفاقية جماعية ألمانية كانت تنص على الأخص على أجازات مدفوعة، وقبل الرحيل الى تركيا، أبرم العاملان مع المؤسسة الأم عقودا فردية تتلاءم مع الظروف ولكن دون النص على الأجازات المدفوعة، ومع ذلك، فإن المحكمة سلمت العاملين بحقها في هذه الأجازات المدفوعة، استنادا الى أن العقود الفردية للعمل في الخارج لا تمس نصوص الاتفاقية الجماعية، فهذه الاتفاقية تبقى مدمجة^(١) في علاقاتهم

وطبقا لأحكام القانون الفرنسي يظل النزول عن الاستفادة من الاتفاق الجماعي خلال نفاذ علاقة العمل.
Depax Op.Cit., P. 344 No. 209.

(١) إذ يجوز للأطراف اختيار اتفاق جماعي لدماجه في عقد العمل الفردي بوصفه شرطا تعاقديا صحيحا
a titre de stipulations contractuelles valables (Rodiere conflits de lois Op.Cit., No 45).

والأخذ بفكرة ادماج قواعد الاتفاق الجماعي في عقد العمل الفردي يستتبع القول بإقالته بتنظيم هذا العقد الأخير رغم إلغاء الاتفاق الجماعي لأنها، أصبحت بنودا عقدية أسوة بسائر بنود عقد العمل الفردي الاتفاقية.
غير أن جانباً من الفقه يرفض فكرة الإدماج ويرى أن العامل يستطيع المطالبة ببنود الاتفاق الجماعي
"Le salaire pourrait a continuer a s'en reclamer au moment ou la convention a cesse de produire effet (Camzertlynck. dr. du travail. Douzieme edition 1984). حتى اللحظة التي يتوقف فيها الاتفاق المشار إليه عن إنتاج آثاره.

ومع ذلك أخذت محكمة النقض الفرنسية ضمناً بفكرة الإدماج، فقضت في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٧٢ بأن "الحكم المطعون فيه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون حين طبق الاتفاق الجماعي الانترقسي الغربي الفرنسي (A.O.F) الذي يشير إليه عقد العمل وقت إبرامه دون الاعتداد بالظروف التي استحدثت نتيجة للتغيير اللاحق لمكان العمل والتي تجعل الاتفاق غير منطقي وتجعل علاقة العمل بعيدة عن قواعده، ذلك

التعاقدية وأضافت المحكمة أن الخصوم كان يمكنهم بالنسبة لهذا العمل مخالفة الاتفاق الجماعى الذى نتج من قوته الملزمة خارج ألمانيا وهو ما لم يحدث فى الدعوى^(١).

وقد اعتتقت محكمة عمل للريخ فى مناسبتين ذات الفكرة بشأن آثار اتفاق عمل جماعى فى مسألة دولية، وكان الأمر يتعلق فى الدعوى الأولى^(٢)، ببخير كيميائى التحق بالعمل فى ألمانيا ثم فى سويسرا فى مصنع لنفس الشركة الألمانية، وكان عقد العمل الأصلى يحتوى على شرط عدم المنافسة، وعقب إبرام العقد ولكن قبل رحيل للعامل الى الخارج أبرم اتفاق جماعى فى ألمانيا حرم مثل هذا الشرط، وقد توقف نشاط الفرع فى سويسرا بعد مضى بعض الوقت على ممارسة العامل نشاطه فى هذا الفرع، والتحق عندئذ بخدمات شركة سويسرية تنافس رب العمل القديم، وطلب من القضاء أن يثبت أنه لم يعد مرتبطا بشرط عدم المنافسة المدرج فى عقد عمله السابق، وصدر الحكم استثنافيا لصالحه للأسباب الآتية:-

أن هذا الاتفاق الجماعى الذى ارتبط به الأطراف اثنا كان بسبب تنفيذ عقد العمل فى مكان معين وقت إبرامه^٣.

(Revu crit 1975, P. 360 et s note simon Depitre).

وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد سايرت الحكم المطعون عليه واعتدت ضمنا بفكرة الاندماج إلا أنها اعتبرت أن القوة الملزمة للاتفاق الجماعى للمنع فى عقد العمل قد زالت لأنها كانت مرتبطة بمكان تنفيذ معين وقت إبرامه، وقد تفسر هذا المكان فى وقت لاحق.

15 Decembre 1926. Kronheim Op.Cit., P. 121 - 122. No 100.

(١)

20 Fevrier 1929 Kronheim Op.Cit., P. 122-123 No 100.

(٢)

ان الاتفاق الجماعى الذى تم بعد إبرام العقد، وكان الأطراف فى هذا الوقت ما زالوا فى ألمانيا، وخاضعين له يقضى بعدم صحة هذا الشرط، وطبقا لراداة التعاقدية للأطراف، فان خدمات المدعى فى سويسرا لا تعتبر الا امتدادا لنشاطه السابق فى ألمانيا، وأن عقد العمل يستمر منذ ذلك الحين محكوما بالقانون الألمانى، وعندما انتقل تنفيذ العقد الى سويسرا، لم يعد الشرط المتنازع عليه يشكل جزءا من العقد الفردى، اذ كان قد أصبح عديم الأثر بمقتضى القوة الملزمة للاتفاق الجماعى، ومؤدى هذا أن القوة الانزامية للاتفاق الجماعى الألمانى - الخاص بتحريم شرط عدم المنافسة - امتدت عبر حدود الريح.

والحكم الآخر لذات المحكمة (١)، ويتعلق بالعمالين الألمان الذين يقيمون فى سويسرا، ويعملون فى محطة *Badoise de bale*، وهى المحطة الكائنة فى سويسرا، والتي تعتبر جزءا من مكك حديد الريح، وكانت عقود عملهم خاضعة للقانون الألمانى وللالاتفاق الجماعى المعمول به بالنسبة لكافة عاملى السكك الحديدية الألمانية، وقد طالب العمال بتعويض خاص مدرج فى الاتفاق الجماعى بالنسبة لساعات العمل الاضافية، وكانت المسألة القانونية الحاسمة تتمثل فى الآتى: اذا تم التمسك بالقانون السويسرى فى شأن المدة القانونية للعمل اليومى، فلا تعتبر هذه الساعات اضافية. أما اذا تم تطبيق الاتفاق الجماعى الألمانى فان الساعات المتنازع عليها تكون فى الواقع اضافية. ولهذا السبب فقد كانت المحكمة مضطرة الى تحليل العلاقات بين القانون الأمر المحلى والاتفاقات الجماعية الأجنبية.

وقالت المحكمة أن أطراف العقد الفردى وأطراف الاتفاق الجماعى لهم الحرية فى تأكيد حماية للعاملين على نحو أكثر اتساعا.

"وفى الدعوى، فإن الحظر القانونى لمنع العمل فى الفترة التى تزيد على الحد الأقصى المنصوص عليه فى القانون السويسرى على نحو أمر لا يقف مانعا من قيام العاملين من الاستناد الى نصوص الاتفاق الجماعى الألمانى الذى ينص على أجر أكثر فائدة بالنسبة لساعات العمل الإضافية.

التنازع بين الاتفاقات الجماعية:

٣١- يلزم لقيام التنازع الدولى فى هذا الصدد، أن تكون الاتفاقات الجماعية المتنازعة صادرة من نظم قانونية لأقاليم مختلفة، ودخلت نفس علاقة العمل فى مجال تطبيقها المكنى^(١).

ويجب كذلك أن يتداخل النطاق الزمنى^(٢) لتطبيق قواعد الاتفاقات المتنازعة، فإذا وجد اتفاقان، وكان أحدهما قد أنهى أو انتهت مدة سريانه. فلا يجد التنازع محلا.

ولا يتحقق للتنازع، لذا تبين من الرجوع الى إرادة الأطراف أنهم قصدوا استبعاد أحد الاتفاقات الجماعية.

كما يجب أيضا أن يتداخل النطاق المهني^(٣) للاتفاقات الجماعية المتنازعة، فإذا كان الاتفاق الجماعى يتحدد مجال انطباقه بطائفة مهنية معينة،

(١) Gerard Lyon caen, La convention collective en dr int priv, clunet 1964,

P. 251. No. 9.

Durant et Vitu, Traite de dr du travail t (111). P. 566.

(٢)

فلا يحكم علاقات العمل الخاصة بطلقة مهنية أخرى، وعلى ذلك، فإن الاتفاق الجماعى المبرم بمعرفة نقابة المستخدمين فقط، لا ينطبق على العمال فى هذا الخصوص.

٣٢- يمكن أن تعرض على سبيل المثال للتنازع بين الاتفاق الجماعى الألمانى، والاتفاق الجماعى الفرنسى للبنوك. وهذا التنازع يمزى الى تحقيق العناصر الأجنبية الناتجة من انتقال الأبدى العاملة. ومن قيام المشروعات بإنشاء شركات وليدة، أو فروع لها فى الخارج.

إن طريقة تحليل شروط الاتفاقات الجماعية، تؤدي بالضرورة الى فكرة التجزئة، التى تحدث فى إطار تنازع القوانين.

فهناك من يرى أنها واضحة أنها الإقليمية التطبيق، وهى تلك تنسئ نظاما مهنية من مجالس التأسيس، أو تحكم نظاما قانونية، مثل انتخاب مندوبى العمال ولجان أه ذروع. ولهذا يقبل. بالمعنى الإقليمى بالمعنى الدقيق للشروط التى تنس الأجازات. وأيام العطلات. ومواعيد العمل.

وعلى العكس، هناك شروط ذات طابع شخصي مثل تلك التى تخص نظام معاشات للمهن فى البنوك، وهذه تفرض اتفاقات لتتسيق الموضوع بين دولة وأخرى^(١).

وتكون المسألة أكثر دقة عند اسناد الشروط المتعلقة بالأجر، ويتعين التمييز بين فرضين، النصوص ذات الهدف للموضوعى التى ترتبط بمتغيرات الحياة، وتدرج فى سياسة اقتصادية وطنية، فانها تتطبع بعامل قوى من الإقليمية. ويصدق نفس الوضع بالنسبة للنصوص التى تنظم تدرج الوظائف.

أما النصوص التى تنمى مزايا، وتأخذ وصف ملحقات الأجر أو توابعه مثل تعويض الفصل، فانه يمكن أن تتبع العامل المستفيد منها، ليس فقط استنادا الى فكرة النظام الشخصى، بل أيضا نتيجة لفكرة الحقوق المكتسبة "La conservation des avantages acquis"، أو الأفضلية المعطاه للنصوص الأكثر صلاحية للعامل.

وتأسيسا على ماتقدم، فان المستخدم فى بنك ألمانى يعمل فى فرنسا، يكون محكوما فى حدود معينة، أى بصفة جزئية بالاتفاق الجماعى الفرنسى. وفى حدود أخرى بالاتفاق الجماعى الألمانى. وتطبيق نصوص كل من الاتفاقين بصفة جزئية، وبالقدر اللازم مسألة يستحيل تحديدها سلفا، ومن ثم، فان اقليمية الاتفاق الجماعى لا تعدو أن تكون وهما أو سرايا^(٢) على نحو ما سنرى^(٣).

G. Lyon. Caen. La convention collective en droit international prive.

(١)

clunet 1964. P. 259. No. 24.

Gerard Lyon Caen. clunet. Op.Cit., P. 260. No. 24.

(٢)

٣٣- وإذا كان للمشروع أنشطة متعددة أو جديدة، كما لو كان يمارس فرعى نشاط مثل الكيمياء والصيدلة، فإنه يجب فى إطار تنازع الاتفاقات الجماعية استخدام نفس منهج تنازع القوانين لتحديد الاتفاق الجماعى الواجب التطبيق^(١). كما يستخدم ذات المنهج عندما يتداخل اتفاقان جماعيان للعمل، أحدهما له نطاق عام، والآخر أكثر تحديدا بحيث لا يمكن وضع حد فاصل بينهما^(٢).

التنازع بين اتفاق العمل الجماعى وعلاقة العمل الفردية:

٣٤- على غرار القانون الداخلى، فإن الفقه يرى تغليب شروط عقد العمل الفردى الأكثر صلاحية للعامل^(٣).

(٣) ما يلى رقم (٢٢).

Gerard Lyon Caen. clunet. Op.Cit., P. 249. No. 5. (١)

Gerard Lyon Caen. clunet. Op.Cit., P. 249. No. 5. (٢)

وفى هذا الغرض الأخير، فإن التنازع الداخلى بين اتفاقات العمل الجماعية الذى يحدث فى إطار اقليمى محدد، يتم حله بالاعتماد بالاتفاق الجماعى الأكثر اتساعا من حيث نطاق التطبيق، إذ ينضم الى الاتفاقات التى تكون أقل نطاقا من حيث مداه.

وهذا المبدأ يودى الى وحدة النظام القانونى الذى يحكم العمال فى نفس المهنة فى نطاق اقليمى متسع الى أقصى حد ممكن.

Durand et Vitu ... Traite Op.Cit. t (111). P. 268. No. 201.

Gerard Lyon. Caen. La convention collective du travail en c.r. int. priv. clunet (٣)
1964. P. 259. No. 23.

ومبدأ مخالفة الاتفاق الجماعى بما هو أصلح يعتبر فى القانون الفرنسى من النظام العام، وفى القانون الألمانى يرقى هذا المبدأ الى مرتبة الدستور^(١)، ونص عليه المشرع المصرى فى قانون العمل.

ولهذا يجب تطبيق شروط عقد العمل الخاضع لقانون مختلف عن القانون الذى يحكم الاتفاق الجماعى فى الحدود التى يكون فيها هذه الشروط أفضل أو أكثر صلاحية من تلك المنصوص عليها فى الاتفاق الجماعى^(٢).

اذ ينطبق فى هذا الصدد، المبدأ المقرر فى القانون الداخلى، على التنازع الدولى بين اتفاق العمل الجماعى وعلاقة العمل الفردية، ومؤداه "أن القاعدة التى يتضمنها الاتفاق الجماعى تعتبر أمرة بالنسبة للشرط الذى يحتويه عقد العمل الفردى الأقل صلاحية للعامل، ويعتبر قاعدة مكملة بالنسبة للشرط الذى يحتويه عقد العمل الأكثر صلاحية للعامل"^(٣).

وإذا كان الاتفاق الجماعى له أثره الفورى من حيث تطبيقه على علاقة العمل الفردية، فإن هذا التطبيق لا يمس حق العامل فيما اكتسبه من ميزات أفضل بموجب عقد العمل الفردى قبل نفاذ الاتفاق الجماعى وذلك بهدف نقادى الاضطراب فى مركز العامل نتيجة لسريان الاتفاق الجماعى.

(١) Nikitas Aliperantis. La place de la convention collective dans hierarchie des normes. 1980. P. 285, 286.

(٢) Yangus Messia Annuaire de l'inst. Dr. int. 1936.

ومشار إليه فى تقرير المؤتمر الدولى الثانى باللجنة الانجليزية ص ١٠٥، ١٠٦.

t (1) P. 367 et s.

(٣) Durand. Traite de dr du travail t (111) avec la collaboration de Vitu No. 208.

التنازع بين اتفاق العمل الجماعى وقانون اجتماعى أجنبى:

٣٥- متى كان الاتفاق الجماعى يعد بمثابة قانون مهنى، فقد يثور التنازع بينه وبين قانون مهنى آخر أجنبى. عندما يدعى كل منهما الاختصاص بحكم علاقة للعمل فى هذا الصدد.

فلا يجوز للاتفاق الجماعى مخالفة القواعد الأمرة التى يتضمنها القانون المحلى انقاصا لحقوق العامل، ولكن تجوز المخالفة متى كانت أكثر فائدة للعامل^(١)، وسواء فى مسائل الأجور أو التعويضات لتعلق قواعد العمل بالنظام العام الأصلح للعامل الذى يعتبر صورة من صور النظام العام الاجتماعى. "ordre public social" اذ من الأصول الفنية هو التفسير الأصلح للعامل، "interpretation Favorable au salaire" فى حالة التنازع بين عدة مصادر قانونية^(٢). ويعد من أهم المبادئ التى يقوم عليها قانون العمل.

وعلى ذلك، فإن العامل المغترب بناء على طلب رب العامل، لا يمكن ان يتغير مركزه بسبب تطبيق نظام قانونى أجنبى، على حقوقه والتزاماته، ففى مسائل الأجور والتعويضات المختلفة ينبغى تغليب الاتفاق الجماعى الفرنسى على النظام القانونى فى كل مرة يكون فيها هذا الاتفاق أكثر صلاحية للعامل الأجنبى اللهم الا اذا كان النظام الأجنبى أكثر صلاحية للعامل بسبب

Gerard Lyon Caen clunet Op.Cit., 1964. P. 259. No. 23.

(١)

Gerard Lyon Caen clunet Op.Cit., P. 255. No. 18.

(٢)

الاغتراب^(٣) . وهذا كله مرهون بمسائل الأيفاد فلا محل له عند التوطن
النهائي في الخارج^(٤).

Gerard Lyon Caen. clunet Op. Cit., P. 255 No. 17, 18 detachment. (٣)

إذ يتم الاحتفاظ عن طريق صندوق خاص متفرع من الصندوق الأم (بطريق التوزيع أو القسم) لهؤلاء المغتربين
الفرنسيين الذين يعملون في مشروعات خارج فرنسا، بحقوقهم، وعلى الأخص حقهم في المأوى.

Gerard Lyon Caen clunet. Op. Cit., P. 265 No 18. (٤)

خاتمة

٣٦- أن الإقليمية البحث ليست بالضرورة خاصية مرتبطة بجوهر كل اتفاق جماعي، فإذا كان الاتفاق الجماعي يعتبر اتفاقا لاثيا منظما للمهنة، فانه يعد بمثابة تشريع للعمل يرتبط بالاقليم. أما اذا كان الاتفاق الجماعي يتعلق على سبيل المثال بالادخار أو المعاش، بحيث ينشئ حقوقا فردية، فان مضمونه الخاص لا يميل اطلاقا نحو الإقليمية، ولكنه يتجه نحو فكرة امتداد (١) عبر الحدود. ذلك أن البحث يؤدي الى التباين بين نموذجين من الاتفاقات الجماعية، بل وربما كما هو الحال بالنسبة للاتفاق الجماعي للبنوك (٢) يتحقق التباين بين نموذجين من الشروط داخل اتفاق جماعي واحد. فبعض هذه الشروط يكون اقليميا وبعضها يكون ممثدا (٣).

وكما سلف البيان (٤)، فان الإقليمية الاتفاق الجماعي لا تتعارض مع استمرار تطبيقه على العاملين الموفدين مؤقتا خارج فرنسا، أو حتى على العاملين الدائمين في الخارج متى كان عقد العمل قد أبرم في فرنسا (٥).

ولهذا استقر الفقه السائد في ايطاليا الذي أيده، Freyria على أن مبدأ الإقليمية الاتفاق الجماعي يجب استبعاده على أساس أنه لا يوجد أية عقبات في تطبيق الاتفاق الجماعي الأجنبي في دولة القاضى، أو تطبيق الاتفاق الجماعي

(١) ما سبق رقم ٢٣، ٢٤.

(٢) ما سبق رقم ٢٩.

(٣) ما سبق رقم ٢٢.

(٤) ما سبق رقم ١٨.

(٥)

الوطني في الخارج بمعرفة القاضى الأجنبى ^(١)، الا اذا وجد مانع من موانع تطبيق الاتفاق الجماعى فى الخارج ^(٢).

ان المساس باقليمية الاتفاق الجماعى يمكن أن يتمع إلى أبعد من ذلك مدى، إذ يستطيع أى مشروع أجنبى. أن يطلب الاستفادة من اتفاق جماعى فرنسى، وذلك على سبيل المثال للانضمام الى نظام المعاشات المقرر للعمال الفرنسيين. ونتيجة لذلك يتم تطبيق الاتفاق الجماعى الفرنسى فى الاقليم الأجنبى. ويقدم طلب الانضمام إلى اتفاق العمل الجماعى الفرنسى من الشركة الأجنبية الى الشركة الفرنسية - التى تدخل فى نطاق الاتفاق - كى يقع على عاتقها ضمان تنفيذ الاتفاق ^(٣).

(١) Gerard Lyon-Caen *droit Op.Cit.*, P. 260, No. 24.
 (٢) *Supra*, international Labour Law 1968, P. 264.
 (٣) ما سبق رقم ٢٩.
 Gerard Lyon-Caen *droit Op. Cit.*, P. 256.

REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET
ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR
LA FACULTE DE DROIT
UNIVERSITE D'ALEXANDRIE

